

نوادر الكتب المطبوعة

عنوان الكتاب

المنتقى شرح موطأ الإمام مالك (ج٤)

المؤلف

أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي

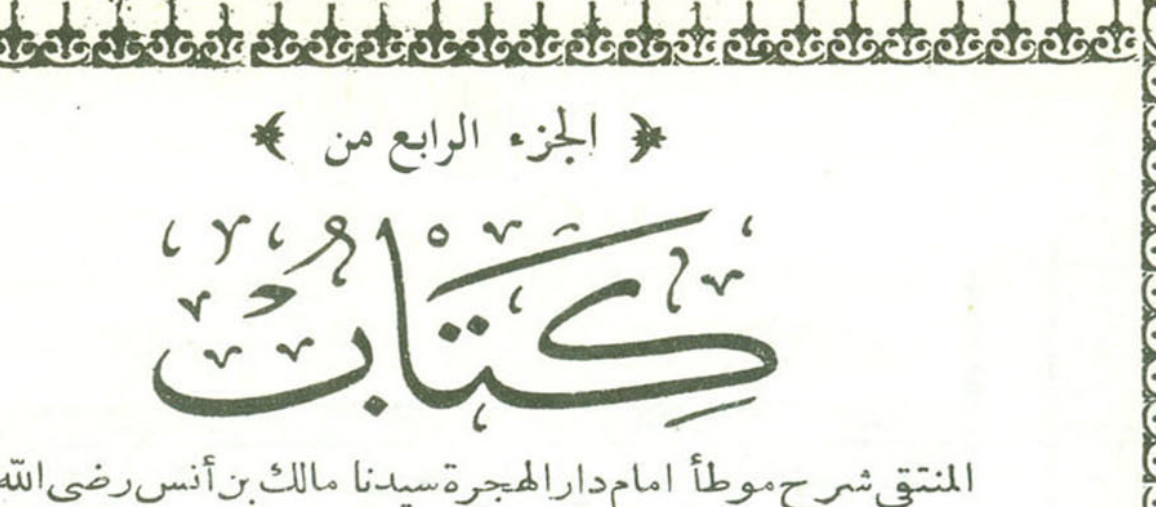
دار النشر / تاريخ النشر

مطبعة السعادة (سنة ١٣٣٢ هـ)





الإمام الباجي
المنتقى
شرح موطأ الإمام مالك



المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضى الله عنه

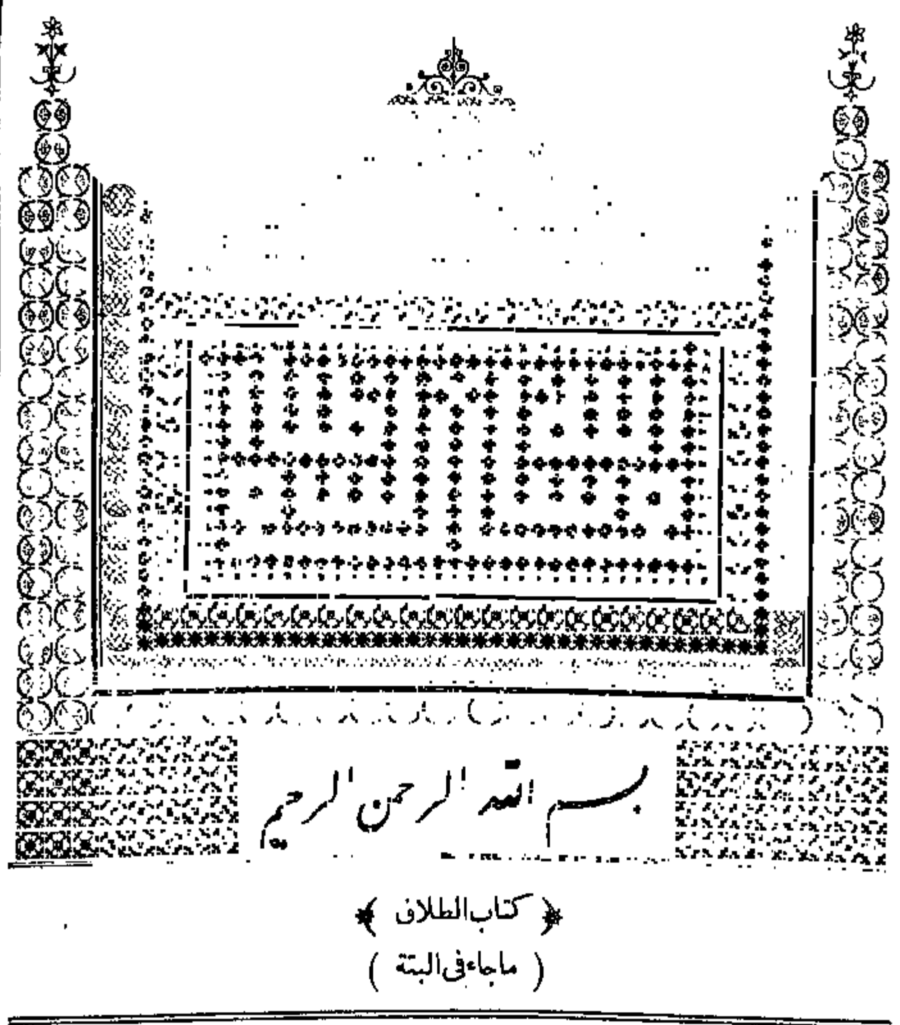
تأليف القاضى أبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث
الباجى الاندلسى من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة
المالكية المولود سنة ٤٠٣ المتوفى سنة ٤٩٤
رحمه الله ورضى عنه

طبع هذا الكتاب على نفقة سلطان الغرب الاقصى سابقا امام زمانه وفريد عصره
وأوانه قدوة الأمراء وحجة العلماء العلامة المحقق والملاذ الاكبر المدقق فرع
الشجرة النبوية وخلاصة السلالة الطاهرة العلوية سيدنا ومولانا عبد الحفيظ
ابن السلطان مولاى الحسن بن السلطان سيدى محمد رفع
الله قدره وأدامه وأودع فى القلوب محبته واحترامه آمين

بتوكيل الحاج محمد بن العباس بن شقرون خديم المقام العالى بالله
الآن بثغر طنجة ووكيل دولة المغرب الاقصى سابقا بمصر
على يد نجله الحاج عبد السلام بن شقرون

« الطبعة الاولى ـ سنة ١٣٣٢ هـ »

مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر



﴿ كتاب الطلاق ﴾

(ماجاء فى البتة)

ص ﴿ مالك انه بلغه ان رجلا قال لعبد الله بن عباس انى طلقت امرأتى مائة تطليقة فماذا ترى على فقال له ابن عباس طلقت منك بثلاث وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا ﴾ ش قوله طلقت امرأتى مائة تطليقة يحتمل ايقاعها مجتمعة ومفترقة ولا تأثير للزائد على الثلاث فى جمعها الا ماله من التأثير فى تفريقها وذلك انه اثم فيها ولا يعتد عليه بشئ منها ان جدد نكاحها بعد زوج وانما الذى فرق بينهما ان التى يطلقها واحدة بعد أخرى يتعين له التى يحرم بها عليه وهى الثلاث الاول وما بعدها من الطلاق فانما يتناول امرأة أجنبية لا يتعين بها طلاق والذى يجمع لا يتعين له الثلاث التى تحرم بها عليه وهذا لا تأثير له فى الحكم الا فى الاستثناء وهو اذا قال لها طلقتك مائة الا تسعة وتسعين وقد روى عن سحنون انها بائن منه بثلاث وروى عنه انه قال لا يقع عليها الا طلقة واحدة فمن جعل ما زاد على لفظ الثلاث ليس له غير حكم الثلاث ألزمه الثلاث بمنزلة قوله أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا ومن جعل للفظ المائة تأثيرا جعل لما زاد من الاستثناء على الثلاث تأثيرا فلم يبق من الطلاق الا واحدة

(باب ما يجوز ايقاعه من الطلاق)

يعتبر بثلاثة معان العدد والصفة والزمان قال القاضى أبو محمد الطلاق على ثلاثة أضرب طلاق سنة وطلاق بدعة وطلاق لا يوصف بسنة ولا ببدعة قال ومعنى قولنا طلاق سنة انه أوقع على الوجه الذى

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الطلاق ﴾

(ماجاء فى البتة)

* حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه أن رجلا قال لعبد الله بن عباس انى طلقت امرأتى مائة تطليقة فماذا ترى على فقال له ابن عباس طلقت منك بثلاث وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا

و رد الشرع بايقاعه عليه ومعنى وصفنا بانه للبدعة انه أوقع على غير الوجه الذي و رد الشرع بايقاعه عليه *والضرب الثالث فمن عقد ايقاع الطلاق عليها في جميع الأحوال وهذه الثلاثة الأقسام تصح من جهة الزمان فاما من جهة العدد والصفة فلا يكون الاقسام سنة و بدعة ويبطل القسم الثالث فاما العدد فانه لا يحل أن يوقع أكثر من طلقة واحدة فمن أوقع طلقتين أو ثلاثا فقد طلق بغير السنة وقال الشافعي موقع الثلاث جملة مطلق للسنة والدليل على ما نقوله قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ولا يخلو أن يكون أمرا بصفة الطلاق والأمر يقتضي الوجوب أو يكون اخبارا عن صفة الطلاق الشرعي ومن أصحابنا من قال ان الألف واللام تكون للحصر وهذا يقتضي أن لا يكون الطلاق الشرعي على غير هذا الوجه فان قيل المراد بذلك الاخبار عن ان الطلاق الرجعي طلقتان وان ما زاد عليه ليس برجعي قالوا يدل على ذلك انه قال بعد ذلك فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ثم أفرد الطلقة الثالثة لما لم تكن رجعية وفارق حكمها حكم الطلقتين فقال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره *اذا كان المراد ما ذكرناه من الاخبار عن الطلاق الرجعي لم يدل ذلك على ان هذا هو الطلاق الرجعي دون غيره *فالجواب أن هذا أمر اضمر في الكلام مع استقلاله دونه بغير دليل لانكم تضمرون الرجعي وتقولون معناه الطلاق الرجعي مرتان واذا استقل الكلام دون ضمير لم يجز تعديها الا بدليل *وجواب ثان وهو انه لو أراد الاخبار عما ذكرتم لقال الطلاق طلقتان لان ذلك يقتضي انه الطلاق الرجعي أوقعهن مجتمعتين أو مفترقتين فلما قال مرتان ولا يكون ذلك الا لايقاع الطلاق متفرقا ثبت انه قصد الاخبار عن صفة ايقاعه لا الاخبار عن عدد الرجعي منه فان قالوا ان لفظ التكرار اذا علق باسم أريد به العدد دون تكرار الفعل يدل على ذلك قوله تعالى نؤتها أجرها مرتين لم يرد تفريق الأجر وانما أراد تضعيف العدد *فالجواب أن قوله نؤتها أجرها مرتين حقيقة فيما ذكرناه من تكرار الفعل دون العدد ولا فرق في ذلك بين أن يعلق على فعل أو اسم يدل على ذلك انك تقول لقيت فلانا مرتين فيقتضي تكرار الفعل وكذلك قوله دخلت مصر مرتين فاذا كان ذلك أصله وحقيقته ودل الدليل في بعض المواضع على العدول به عن حقيقته واستعماله في غير ما وضع له لم يجز حمله على ذلك في موضع آخر الا بدليل وجواب آخر وهو ان الفضل قال معنى نؤتها أجرها مرتين مرة بعد مرة في الجنة فعلى هذا لم يخرج اللفظ عن بابه الا عدل به عن حقيقته وان قلنا ان معناه التضعيف في ماله وأجره فالفرق بينهما ان قوله تعالى نؤتها أجرها مرتين يفيد التضعيف و يمنع الاقتصار على ضعف واحد ولو كان معنى قوله تعالى الطلاق مرتان يريد به التضعيف لمنع من ايقاع طلقة واحدة والابطل معنى التضعيف وهذا باطل باتفاق ودليلنا من جهة السنة ما روى مخرمة بن بكير عن أبيه قال سمعت محمد بن لبيد قال أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقال فعلته لاعبا ثم قال تلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله ودليلنا من جهة القياس ان هذا معنى ذو عدد يقتضي البينونة فوجب تحريمه كاللعان (فرع) اذا ثبت ذلك فمن أوقع الطلاق الثلاث بلفظة واحدة لزمه ما أوقعه من الثلاث و به قال جماعة الفقهاء وحكى القاضي أبو محمد في اشرافه عن بعض المبتدعة يلزمه طلقة واحدة وعن بعض أهل الظاهر لا يلزمه شيء وانما يروى هذا عن الحجاج بن ارطاة ومحمد بن اسحق والدليل على ما نقوله اجماع الصحابة لان هذا مروي عن ابن عمر وعمران بن حصين وعبد الله بن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم ولا مخالف لهم وما روي عن ابن

عباس فى ذلك من رواية طاوس قال فيه بعض المحدثين هو وهم وقد روى ابن طاوس عن أبيه عن ابن وهب خلاف ذلك وانما وقع الوهم فى التأويل * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى ان الرواية عن ابن طاوس بذلك صحيحة فقد رواه عنه الأئمة معمر وابن جريج وغيرهما وابن طاوس امام والحديث الذى يشيرون اليه هو ما رواه ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر بن الخطاب رضى الله عنه طلاق الثلاث واحدة فقال عمر رضى الله عنه قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه اناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم ومعنى الحديث أنهم كانوا يوقعون طلقة واحدة بدل ايقاع الناس ثلاث تطليقات ويدل على صحة هذا التأويل ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال ان الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه اناة فانكر عليهم ان أحدثوا فى الطلاق استعجال أمر كانت لهم فيه اناة فلو كان حالهم ذلك من أول الاسلام فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم ما قاله ما عاب عليهم انهم استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه اناة ويدل على صحة هذا التأويل ما روى عن ابن عباس من غير طريق انه أفتى بلزوم الطلاق الثلاث لمن أوقعها مجتمعة فان كان هذا معنى حديث ابن طاوس فهو الذى قلناه وان حمل حديث ابن طاوس على ما يتأول فيه من لا يعبأ بقوله فقد رجع ابن عباس الى قول الجماعة وانعقد به الاجماع ودليلنا من جهة القياس ان هذا طلاق أوقعه من علكه فوجب أن يلزمه أصل ذلك اذا أوقعه مفرقا (مسئلة) اذا ثبت ذلك فسنة الطلاق أن يطلقها طلقة واحدة ثم يمهلها حتى تنقضى عدتها ان أراد امضاء الطلاق فان طلقها فى القرء الثانى طلقة وفى القرء الثالث طلقة فان الطلقتين المتأخرتين ليستا للسنة وقال أبو حنيفة ان طلاق السنة أن يطلقها فى كل قرء طلقة فتنقضى عدتها وقد طلقها ثلاثا وقد قال أشهب لا بأس به ما لم يرتجعها فى خلال ذلك وهو يريد أن يطلقها ثانية فلا يحق له ذلك لما يريد من تطويل العدة فوجه قول مالك قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهذا يقتضى ايقاع طلاق يعتد به والطلقة الثانية لا عدة لها فلا يتناولها الأمر بصفة الطلاق ومن جهة القياس ان هذا طلاق فى مدخول بها لا يوجب عدة فلا يكون للسنة أصل ذلك اذا طلق الثلاث بلفظ واحد فان الثانية والثالثة ليست للسنة لما لم توجب عدة اذا ثبت ذلك فقد قال ابن المواز طلقة فى كل طهر أحب الى من طلقتين فى مجلس وهذا انما هو بمعنى ان أحد الأمرين أشد من الآخر (مسئلة) وأما اعتبار السنة من جهة الزمان فان يطلق المدخول بها الحامل التى تجرى حيضتها على المعتاد فى طهر لم تمس فيه ولا عقيب حيضة طلق فيها وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله رضى الله عنه طلقت منك بثلاث يريد ان الثلاث تعلقت بها دون ما زاد على ذلك فانها لا تعلق لها بها واذا طلقت منه بثلاث وكان للثلاث تعلق بها وتأثير فى نكاحها فقد انقطعت العصمة بينهما ونفذ ما كان له فيها من الطلاق وبذلك لم يتعلق بها ما زاد على الثلاث فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره على ما قدمناه

(فصل) وقوله رضى الله عنه وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا يريد انه أتى بها تلاعبا واستهزاء ومخالفة لما أتت به آيات الله من ان الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وهى الثالثة عند كثير من العلماء وممن قال به قتادة وقد قال غيره ان الثالثة قوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فاذا كان البارىء تعالى قد نص فى كتابه الكريم على أن الطلاق ثلاث ثم طلق رجل أكثر من ثلاث فقد خالف كتاب الله وقصد الاستهزاء والتلاعب

والله أعلم ص ﴿ مالك انه بلغه ان رجلا جاء الى عبد الله بن مسعود فقال انى طلقت امرأتى ثمان تطليقات فقال ابن مسعود ماذا قيل لك قال قيل لى انها قد بانت منى فقال ابن مسعود صدقوا من طلق كما أمره الله فقد بين الله له ومن لبس على نفسه لبسا جعلنا لبسه به لا تلبسوا على أنفسكم ونتحمله عنكم هو كما يقولون ﴾ ش قول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ماذا قيل للسائل عن طلاقه ثمانيا يحتمل أن يكون ليرى أقوال الناس فى ذلك ويعلم اتفاقهم من اختلافهم وربما كان المفتى فى ذلك شئ الى أمر أغفله وان وجد العلماء قد خالفوا ما ظهر اليه حمله ذلك على اعادة النظر والزيادة فى الاجتهاد والتثبت وان رأى الفقهاء قد وافقوا رأيه قوى فى نفسه وظهر اليه وشكر الله تعالى على ما أعانه عليه وأظهر الموافقة والتصحيح لقول العلماء ولذلك قال عبد الله بن مسعود صدقوا فأظهر تصديقهم وموافقتهم

(فصل) وقوله رضى الله عنه من طلق كما أمره الله فقد بين الله له يريد ان سنن الطلاق بينة قد بينها الله عز وجل فى كتابه لا يحتاج العامل بها ولا المفتى فيها الى بحث ولا نظر ولا اجتهاد فمن أطاع الله تعالى فى طلاقه وأوقعه على حسب ما أمره به فهو بين واضح ان كان ممن يقرأ القرآن بان له من نصه وان كان ممن لا يقرأ أو لا يفهمه سأل عن ذلك فاخبر عن أمر واضح بين لا يحتمل الزيادة ولا النقص

(فصل) وقوله رضى الله عنه ومن لبس على نفسه لبسنا عليه أى جعلنا لبسه به يريد انه من تعدى الواضح من أمر الله تعالى فى الطلاق فقد لبس على نفسه ودخل فى أمر متلبس مشتبه يحتاج المفتى فيه الى البحث والاجتهاد ولا يتضح له مع ذلك الحكم كوضوح المنصوص عليه فيجعل لبسه به ويغلظ عليه وذلك من وجهين أحدهما انه متى ترددت الأدلة بين التحريم والاباحة ولم يكن وجه الحكم بينا غلب التحريم والمنع والثانى ان الطلاق المباح هو الذى يقتضى التحقيق فمن خالفه الى الطلاق الممنوع المحرم اقتضى التغليظ عليه والتغليظ فى الطلاق معناه الالزام

(فصل) وقوله رضى الله عنه لا تلبسوا على أنفسكم ونتحمله عنكم هو كما يقولون يريد ان من طلق على غير ما أمره الله به ولبس على نفسه فان المفتى لا يتحمل له ما اشتبه عليه ولا يوقع هذا ثلاث تطليقات فى لفظ واحد فيقول له المفتى انها طلقة واحدة حتى يفرقها لان جمع الطلاق ليس فى كتاب الله تعالى وانما يقتضى ظاهر القرآن تفريقه لقوله تعالى الطلاق مرتان فمن لبس على نفسه بايقاع الطلاق بلفظة واحدة جعل ذلك بمعنى انه ألزم الثلاث وقد روى مجاهد قال سئل عبد الله بن عباس عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتلا واذا طلقتم النساء حتى بلغ يجعل له مخرجا وانك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجا

(مسئلة) اذا ثبت ذلك فسواء علق الطلاق على جملة المرأة فقال أنت طالق أو فلانة طالق أو على جزء منها فقال يدك طالق أو شعرك طالق وبهذا قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لا يلزمه الطلاق الا فى خمسة أعضاء الرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج والدليل على ما نقوله انه جزء متصل بها اتصال خلقة فوجب وقوع الطلاق عليه كوقوعه على الجملة أصل ذلك اذا أوقعه على أحد الأعضاء الخمسة (فرع) اذا ثبت ذلك فأى عضو علق به الطلاق لزم وقد اختلف أصحابنا فى الشعر والكلام فقال سحنون تعليق الطلاق أو العتق بالشعر غير لازم وكذلك الكلام ورواه ابن المواز عن ابن عبد الحكم قال وكذلك من قال سعالك على حرام قال وروى عن أشهب انه لازم ووجه القول الأول انه مما لا تحله الحياة ووجه الرواية الثانية انه مما يقع به الالتذاذ على وجه الاستمتاع فأشبه الوجه واليدين ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن أبى بكر بن حزم ان عمر بن عبد العزيز قال البتة

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن رجلا جاء الى عبد الله بن مسعود فقال انى طلقت امرأتى ثمان تطليقات فقال ابن مسعود ماذا قيل لك قال قيل لى انها قد بانت منى فقال ابن مسعود صدقوا من طلق كما أمره الله فقد بين الله له ومن لبس على نفسه لبسا جعلنا لبسه به لا تلبسوا على أنفسكم ونتحمله عنكم هو كما يقولون * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن أبى بكر بن حزم أن عمر بن عبد العزيز قال له البتة

مايقول الناس فيها قال أبو بكر فقلت له كان أبان بن عثمان يجعلها واحدة فقال عمر بن عبد العزيز لو كان الطلاق ألفا ما أبقت البتة منه شيأ من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى ﴾ ش قول عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه البتة مايقول الناس فيها سؤال لأصحابه ومن حضر مجلسه من العلماء عما بلغهم من أقوال الصحابة ومن بعدهم من أهل العلم وقد اختلفوا فى ذلك اختلافا شديدا وذلك ان المتأخرين من الفقهاء قالوا ان الطلاق على ضربين صريح وكناية فذهب القاضى أبو محمد الى ان الصريح ماتضمن لفظ الطلاق على أى وجه كان مثل أن يقول أنت طالق وأنت مطلقة أو قد طلقتك أو الطلاق له لازم وماعدا ذلك من ألفاظ الطلاق مما يستعمل فيه فهو كناية وبهذا قال أبو حنيفة قال القاضى أبو الحسن صريح الطلاق ألفاظ كثيرة وبعضها أبين من بعض الطلاق والسراح والفراق والحرام والخلية والبرية وقال الشافعى الصريح ثلاثة ألفاظ وهو ماورد به القرآن من لفظ الطلاق والسراح والفراق ووجه المسئلة عندى على مطلق الكلام فيها أن الصريح فى كلام العرب على وجهين أحدهما أن يريد بالصريح الخالص الذى يستعمل فى الطلاق دون غيره أو وضع له دون غيره ولذلك روى فى الحديث هذا صريح الايمان أى خالصه والوجه الثانى أن يريد بالصريح البين من قولهم صرح فلان بالقول اذا بينه وقصد الاخبار عنه فاذا قلنا ان معنى الصريح الخالص فمعنى قولنا صريح الطلاق ان هذا اللفظ وضع لهذا المعنى دون غيره أو يستعمل فيه دون غيره فان الصريح لفظ الطلاق خاصة لانه موضوع له دون غيره ويكون معنى كنايات الطلاق ماوضع له أو لغيره أو يستعمل فى هذا المعنى وفى غيره كلفظ سرحتك وفارقتك وخليتك وباريتك وبنت منك

(فصل) فان قلنا ان معنى الصريح البين فان الصريح من الطلاق مايفهم منه لفظ الطلاق مما يستعمل فيه كثيرا كفارقتك وسرحتك وخليتك وبنت منك وأنت حرام لان هذه الألفاظ وان استعملت فى الطلاق وغيره الا انه قد كثر استعمالها فى الطلاق وعرفت به فصارت بينة واضحة فى ايقاع الطلاق كالغائط الذى وضع للطمئن من الارض ثم استعمل على وجه المجاز فى اتيان قضاء الحاجة فكان فيه أبين وأشهر منه فيما وضع له وكذلك فى مسئلتنا مثله

(فصل) اذا ثبت ذلك فقد اختلف أصحابنا فى البتة فروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال هى واحدة وبه قال أبان بن عثمان وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه هى ثلاث وروى أيضا عن عمر وبه قال الزهرى وعمر بن عبد العزيز والدليل على انها لاتكون الا ثلاثا فى المدخول بها ماروى عن عائشة رضى الله عنها قالت جاءت امرأة رفاعة القرظى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله انى كنت تحت رفاعة القرظى فطلقنى البتة فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وانما معه الامثل الهدبة وأخذت هدبة من جلبابها فقال تريدين أن ترجعى الى رفاعة لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك فوجه الدليل من هذا الحديث انها قالت كنت تحت رفاعة القرظى فطلقنى البتة ثم أجابها انها لاترجع اليه حتى يمسها غيره وهذا يقتضى ان هذا حكم طلاق البتة ولو اختلف حكم البتة لما منعها حتى سألها عن أى أنواع البتة كان طلاقه اياها ودليلنا من جهة المعنى أن معنى البتة القطع وهذا يقتضى قطع العصمة بينهما والمبالغة فى ذلك ولذلك يقال مابقى بينهما شئ البتة يريدون المبالغة فى قطع ما كان بينهما واذا كان ذلك معنى هذه اللفظة ومقتضاها فلا يكون ذلك فى المدخول بها الا بالثلاث وأما قبل الثلاث فله الرجعة عليها والميراث بينهما فلا يوجد فيه معنى البت والقطع لما بينهما ولذلك قال عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه لو كان الطلاق ألفا ما أبقت البتة منه شيأ

مايقول الناس فيها قال أبو بكر فقلت له كان أبان بن عثمان يجعلها واحدة فقال عمر بن عبد العزيز لو كان الطلاق ألفا ما أبقت البتة منها شيأ من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى

(فصل) وقوله رضى الله عنه من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى يريد انه من قال البتة فى طلاقه فقد بلغ أقصى الغايات فى الطلاق ومنع التراجع الذى لا يوصف الفرقة التى لا تمنعه بالبتة وهذا المعنى من المبالغة فى ذلك لا يكون الا بالثلاث ويدل على أنه قد رمى الغاية القصوى على ماقاله عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه ان ذلك مقتضى البتة وعلى ذلك يستعمل هذه اللفظة الناس فى الطلاق وغيره فى الجواز والمنع فيقول القائل لا أفعل ذلك البتة ومعناه انه لا سبيل الى مخالفة قوله ولا الى العدول منه بوجه وكذلك من قال أنت طالق البتة معناه طلاقا لا سبيل فيه الى مراجعة الزوجية وذلك لا يكون الا بالثلاث ص ﴿ مالك عن ابن شهاب ان مروان بن الحكم كان يقضى فى الذى يطلق امرأته البتة انها ثلاث تطليقات قال مالك وهذا أحب ماسمعت الى فى ذلك ﴾ ش قوله ان مروان بن الحكم كان يقضى فى البتة بالثلاث يقتضى تكرار هذا القضاء منه وعلى هذا الوجه يستعمل هذا اللفظ فيمن يكثر منه الفعل وانما استظهر مالك بذلك لان مروان كان أميرا بالمدينة فى زمان جماعة من الصحابة وأجلة التابعين وعلمائهم وكان لا يقضى الا عن مشورتهم وبما اتفق عليه جميعهم أو أكثرهم وأعلمهم فاذا تكرر قضاؤه فى البتة انها ثلاث دل ذلك على أنه كان الظاهر من أقوالهم والمعمول به من مذاهبهم وانه الذى اتفق عليه جميعهم والله أعلم (مسئلة) وهذا فى المدخول بها فأما غير المدخول بها فان نوى الثلاث أو لم ينو شيأ فلا خلاف فى المذهب انها ثلاث وان نوى واحدة فهل ينوى أولا فيه روايتان احداهما لا ينوى وتلزمه الثلاث وبه قال سحنون وابن حبيب والرواية الثانية أنه ينوى وبها قال مالك فالرواية الاولى مبنية على أن البتة لا تتبعض ولا يصح الاستثناء منها وهو معنى قول أصبغ فى العتبية ونص عليه سحنون فى المجموعة والرواية الثانية مبنية على أنها تتبعض ويصح الاستثناء منها وقد روى عنه فى العتبية ورواه سحنون عن العتبى وعلى هذا الاختلاف يجب أن يجرى القول فى الخلع وكل طلاق لا تتعقبه رجعة يوقعه الزوج باختياره والله أعلم (مسئلة) اذا قلنا انه ينوى فى غير المدخول بها فانه يحلف انه ما أراد الا واحدة فى البتة والبائنة والخلية والبرية قال سحنون انما يحلف اذا أراد نكاحها وليس عليه يمين قبل ارادة النكاح ونحوه قال ابن الماجشون ووجه ذلك انه لا معنى ليمينه قبل ذلك الوقت وانما يحتاج اليه عند النكاح لما يريد من استباحتها فيحلف ليتوصل بذلك الى استباحتها والله أعلم

﴿ ماجاء فى الخلية والبرية وما أشبه ذلك ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه انه كتب الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه من العراق أن رجلا قال لامرأته حبلك على غاربك فكتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى عامله أن مره يوافينى بمكة فى الموسم فبينما عمر يطوف بالبيت إذ لقيه الرجل فسلم عليه فقال عمر من أنت فقال أنا الذى أمرت أن أجلب عليك فقال له عمر أسئلك برب هذه البنية ما أردت بقولك حبلك على غاربك فقال له الرجل لو استحلفتنى فى غير هذا المكان ماصدقتك أردت بذلك الفراق فقال عمر بن الخطاب هو ما أردت ﴾ ش قوله انه كتب الى عمر بن الخطاب من العراق على حسب مايلزم من مطالعة رأى الامام العليم بما يقع للناس من المسائل التى لم يتقدم فيها قول أو تقدم فيها الخلاف وفيها اشكال ولم تتقرر أحكامها بعد ولا اتضح وجه الحكم فيها فكتب الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه من العراق فى الرجل الذى قال لامرأته حبلك على غاربك وكتب عمر بن الخطاب الى عامله يأمره أن يوافيه فى الموسم وهذا مما يجب

* وحدثنى مالك عن ابن شهاب أن مروان بن الحكم كان يقضى فى الذى يطلق امرأته البتة أنها ثلاث تطليقات قال مالك وهذا أحب ماسمعت الى فى ذلك

﴿ ماجاء فى الخلية والبرية وماأشبه ذلك ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه أنه كتب الى عمر ابن الخطاب من العراق أن رجلا قال لامرأته حبلك على غاربك فكتب عمر بن الخطاب الى عامله أن مره يوافينى بمكة فى الموسم فبينما عمر يطوف بالبيت اذ لقيه الرجل فسلم عليه فقال عمر من أنت فقال أنا الذى أمرت أن أجلب عليك فقال له عمر أسئلك برب هذه البنية ما أردت بقولك حبلك على غاربك فقال له الرجل لو استحلفتنى فى غير هذا المكان ما صدقتك أردت بذلك الفراق فقال عمر بن الخطاب هو ما أردت

على المفتي والناظر في أمور المسلمين أن يفعله اذا أشكلت عليه مسئلة أن يشخص من نزلت به ويسائله ويناجيه عن فصولها والمعاني التي يتعلق الحكم بها و يختلف باختلافها فانه أقرب له الى أن يتبين من قوله ما يستعين به على فهم مسئلته أو يعظه ليقر بجميعها ولا يكتم شيأ منها ولعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه انما وقت له الموسم لانه أيسر على القاصد في وروده وانصرافه و يضيف الى ذلك عمل الحج وتحصيل عبادة في الموسم ان تيسر ذلك له ولو أشخصه الى موضع آخر لم يحصل له من ذلك ما يحصل لمن يقصد مكة و يحتمل أيضا انه قصد المبالغة في وعظه واستخبار جلية ما عنده باستحلافه على ذلك عند البيت لما يتعين من تعظيم المسلمين له

(فصل) وقوله فبينما عمر يطوف بالبيت اذ لقيه رجل فسلم عليه طاعة له وامتثالا لأمره بان يوافيه في الموسم فلما أنكر عمر رضي الله عنه قصده اياه بالسلام على وجه ما يفعله من قصده وأراد مكالمته واعلامه بنفسه قال له من أنت فأعلمه بانه الرجل الذي أمر أن يوافيه في الموسم

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه أسألك برب هذه البنية هكذا رواه قوم البنية وهو اسم واقع على كل مبنى لكنه خص البيت بالاشارة اليه كما قال ورب هذا البناء وروى برب هذه البنية على مثل فعلية قال ابن السكيت البنية الكعبة يقال لا ورب هذه البنية ما كان كذا وكذا وقوله رضي الله عنه ما أردت بقولك حبلك على غاربك لما علم من تعظيم المسلمين للبيت وصدق كثير ممن يستبيح الكذب في غير ذلك الموضع اذا استحلف فيه فقال الرجل لو استحلفتني في غير هذا المكان ما صدقتك اخبار عن تعظيمه للقسم في هذا الموضع وانه يلتزم من البر في حلفه عنده ما لا يلتزم في غيره ولعله كان يمنعه من صدقه ندمه على الطلاق وفرط محبته لمن طلق ثم قال له أردت بها الفراق فقال له عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو ما أردت يريد انه ألزمه الفراق وحكم به عليه ولم يبين في الحديث مقدارا أهو طلقة واحدة رجعية أو طلقة واحدة لا رجعة فيها لأنه آخر ما بقى له فيها أو ثلاث تطليقات ولفظ الفرقة عند مالك ثلاث لا ينوى في المدخول بها رواه أشهب عن مالك في العتبية قال فان لم يدخل بها فعسى أن تكون واحدة ولو ثبت عندي أن عمر رضي الله عنه قال ينوى ما خالفته وقد قال بعض أصحابنا العراقيين يحتمل ما جاء عن عمر رضي الله عنه في التي لم يدخل بها ولم يذكر في الحديث بنى بها أو لم يبن فهو محتمل وهذا يقتضي أنه حمل قول عمر رضي الله عنه في الفرقة على انها واحدة وقول مالك لو ثبت عندي أنه نواه ما خالفته يحتمل معنيين أحدهما أنه من أهل اللغة وهو أعلم بما يقتضيه هذا اللفظ فان كان هذا اللفظ يقتضي عنده أن ينوى لما خالفه العرب لأن العرب لا تخالف في اللغة لا سيما مع ما يقترن بذلك من علم عمر رضي الله عنه ودينه وفقهه والمعنى الثاني أن يكون الامر فيه بعض الاشكال ولا يترجح بين أن ينويه أو لا ينويه و يترجح عنده الآن أنه لا ينويه في المدخول بها فلو صح عنده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نواه في مثل هذه القصة التي قد شاعت لترجح عنده هذا القول وظاهر قصة عمر عندي يقتضي أنها كانت فيمن لم يبق له الا طلقة واحدة أو فيمن كان له فيها جميع الطلاق فألزم الثلاث وذلك مقتضى مذهب مالك فيمن قال لامرأته حبلك على غاربك ووجه ذلك أن الحبل هو الذي كان بيد الزوج منها وذلك كناية عن عصمة الزوجة وملكه لها فاذا قال لها حبلك على غاربك فقد أقر بخروجه عن يده وكونه بيدها وذلك يقتضي أن يكون طلاقه لا رجعة فيه لأنه ان كان له فيها رجعة فليس حبلها على غاربها بل هو بيده و يرتجعها متى شاء وخروج الملك من يد الزوج حين إيقاعه لا يكون الا بالثلاثة وبآخر الطلاق وقال أبو بكر

ابن الانباري الغارب من البعير أسفل السنام وهو ما انحدر من العنق وقال أبو العباس كانت العرب في الجاهلية يطلقون نساءهم بهذا الكلام ومعناه أمرك في يدك فاصنعي ماشئت فقد انقطع سببك من سببي

(فصل) وظاهر قول الرجل لو استحلفتني في غير هذا المكان ماصدقتك يدل على البينونة وانقطاع ما بينهما ولو كان انما ألزم طلقة له بعدها رجعة لكان التزامها أسهل عليه من أن يشخص من العراق يستحلف عند البيت ء أراد ويصرح عن نفسه بانه لو استحلف في غير هذا الموضع ماصدق

(فصل) وأما استحلاف عمر رضي الله عنه اياه فليس على معنى استحلاف من ينوي انه ماأراد الا واحدة لأن ذلك لا يستحلف الا اذا أراد ارتجاعها وانما استحلافه على معنى الاستحلاف للاقرار بالحق فان أقر به أمضاه عليه باقراره وان أنكره وحلف على ذلك لم يعرج على يمينه ولا قضى بها ونظر الى مايلزمه في صريح الحق ولذلك لم يجاوب الحالف بانه أراد واحدة أو اثنتين وانما أجابه بانه أراد الطلاق وقد يلزم المفتي أن يفعل مثل هذا بالمستفتي في الحلال والحرام أن يعظه ويذكره ويعظم عليه حقوق الله تعالى ومحارمه ليستدعي بذلك اقراره بالحق فان أقر بالحق سهل بذلك عليه طريق الفتوى وكان ذلك أقوى للمسئلة في نفسه وان تمادى على الانكار أفتى عليه بما يؤديه اليه اجتهاده والله أعلم

ص ﴿ مالك انه بلغه ان علي بن أبي طالب كان يقول في الرجل يقول لامرأته أنت علي حرام انها ثلاث تطليقات * قال مالك وهذا أحسن ماسمعت الي في ذلك ﴾ ش قوله رضي الله عنه في الحرام انها ثلاث تطليقات هو قول زيد بن ثابت وقد روي أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قضى بها في عدي بن قيس الكلابي وقال له والذي نفسي بيده لئن مسستها قبل أن تتزوج غيرك لأرجمنك وهذا الذي ذهب اليه مالك انها في المدخول بها ثلاث نوى واحدة أو ثلاثا وان زعم انه لم ينو طلاقا لم يصدق وقال الشافعي لا يكون طلاقا حتى ينوي الطلاق فيكون منه ماأراد من واحدة أو ثلاث وان أراد تحريمها من غير طلاق فعليه كفارة يمين وليس بمول والدليل على مانقوله أن هذا لفظ جرى عرف الاستعمال له على وجه الطلاق فوجب أن يكون طلاقا أصل ذلك لفظ الطلاق ولا تجب به كفارة يمين لأنه لفظ مفسر عرا عن القربة واليمين فلم تجب به كفارة يمين أصل ذلك لفظ الطلاق ودليل آخر وهو أن هذا لفظ طلاق فلم تجب به كفارة يمين على الاطلاق وأصل ذلك لفظ الطلاق (مسئلة) فان قال نويت واحدة فقد تقدم من قول مالك أنه لا ينوي في المدخول بها ويلزمه الثلاث وقال الثوري والاوزاعي والشافعي ان نوى واحدة فهي واحدة والدليل على مانقوله أن الواحدة لا تحرمها بل له ارتجاعها وانما تحرمها الثلاث فاذا كان اللفظ الذي هو التحريم انما يقتضي معنى الثلاث حمل على ذلك ولم يصدق في قوله أردت الواحدة وهي لا تحرمها وذلك أن لفظ التحريم انما يقتضي قطع العصمة وتحريم الزوجية بينهما وذلك لا يكون في المدخول بها الا بالثلاث ولذلك يقال في ذوات المحارم هي محرمة عليه وهي لا تحل له والمراد بذلك أنه لا يحل أن يكون بينهما زوجية يدل على ذلك ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في بنت أبي سلمة انها لو لم تكن ربيبتي في حجري لم تحل لي انها لابنة أخي من الرضاعة أرضعتني واياها ثويبة ومما يدل على أن لفظ التحريم مقتضاه تحريم الزوجية أو تحريم عقد النكاح ماروي عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قال في غير المدخول بها ان الطلقة الواحدة تبينها والثلاث تحرمها فدل ذلك على أن معنى التحريم منع عقد النكاح وذلك لا يكون الا بالثلاث ولو أراد تحريم

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن علي بن أبي طالب كان يقول في الرجل يقول لامرأته أنت علي حرام انها ثلاث تطليقات قال مالك وهذا أحسن ماسمعت الي في ذلك

الوطء لكان معناه معنى البينونة الواقعة فى غير المدخول بها بالطلقة الواحدة وقد روى مثل هذا عن أبى هريرة وابن عباس وهم من أهل اللسان فان قيل فانه يقال وطؤها عليه حرام والمطلقة الرجعية عندكم وطؤها حرام فيصح أن يريد ذلك بقوله أنت على حرام * فالجواب أن هذا غير صحيح لانه انما يقال وطؤها على حرام اذا عين الوطء وأما اذا علق التحريم عليها فلا يصح أن يراد به الا التحريم المعروف ولذلك لا يقال فى الحائض والمحرمة والصائمة هى من ذوى محارمه ولا هى عليه حرام ويقال وطؤها عليه حرام ووجه آخر وهو أن قوله أنت على حرام انما يقتضى انها حرام عليه حين نطقه بذلك والرجعية ليست بحرام لان استباحتها اليه ومن ملك استباحة شئ لم يوصف بأنه حرام عليه ولذلك لا يقال فى الانسان ملك غيره حرام عليه لما كان أخذه مباحا له وان كان لا يملكه قبل أخذه ولا يصح أن يصف ناقته ولا شاته بأن لحمها محرم عليه وان كان لا يجوز له أن يأكلها الا بعد الذبح وأمره موقوف على اختياره وتوصف الميتة بأن لحمها حرام عليه (فرع) فاذا قلنا ان لفظ التحريم يقتضى ذلك فانه يقتضى فى ذوات المحارم التحريم المؤبد لان معنى التحريم انما يقتضى تحريمها على الحال التى هى عليها يوم النطق به وهى عارية عن الزوجية فاقتضى وصفها بأنها حرام تحريم عقد النكاح عليها واستباحتها به لان بذلك تتميز ممن ليست بحرام ممن هى على صفتها فى التعرى من الزوجية وأما الزوجية فان اطلاق هذا اللفظ فيها يقتضى أحد أمرين اما أنه لا يحل له عقد نكاح عليها وهذا يقتضى إيقاع الثلاث فى المدخول بها وغيرها والثانى ان هذا التحريم متعلق بما أباحته الزوجية له وما ملكته اياه من ملك العصمة والوطء وضروب الاستمتاع والتوارث بحق النسب وثبوت أحكام الزوجية من ملك الطلاق والظهار والايلاء واللعان والرجعة ووجوب النفقة عليها وهذا يحصل فى غير المدخول بها بالواحدة وأما فى المدخول بها فلا يحصل ذلك الا بايقاع ما يملك فيها من الطلاق ولا يصح أن يراد بذلك تحريم الوطء لما قدمناه من أنه لا يوصف بالتحريم ما يملك استباحته متى شاء ويحتمل أن يصرف هذا اللفظ الى ذلك الا أن هذا أظهر فيما ذكرناه واذا كان فيه أظهر وجب أن يحمل عليه لا سيما اذا قال لم أبق عددا من الطلاق (فرع) وأما غير المدخول بها فان مالكا ينويه وقوله أردت واحدة ويحمله على الثلاث اذا لم ينو عددا الا انها تحرم بالواحدة بخلاف المدخول بها وهذا على ما تقدم من أن تعليق التحريم عليها انما ينصرف الى تحريم ما استباحه بالنكاح منها وذلك يكون فى غير المدخول بها بالطلقة الواحدة وقد رأيت لبعض أصحابنا ان الحرام فى غير المدخول بها لا يكون ثلاثا ولا ينوى فى ذلك كالمدخول بها وعلى هذا يحمل قوله أنت على حرام على انه يقتضى أن تحريم عقد النكاح عليها كتحريم ذوات المحارم فيلزم هذا التحريم بالقول ويزول بدخول الزوج بعده ولا يزول تحريم ذوات المحارم لانه ثابت بالشرع فعلى هذا يلزم فى غير المدخول بها الثلاث وان زعم انه نوى واحدة لان التحريم الذى يلزم بالطلاق الثلاث ليس هو التحريم الذى يلزم بالواحدة فى غير المدخول بها لان ذلك تحريم يزيله عقد النكاح وتحريم الثلاث لا يزيله عقد النكاح وان كانت خالية من زوج (فرع) فاذا قلنا ينوى فى غير المدخول بها ولا ينوى فى المدخول بها فلو حلف قبل البناء وحنث بعده ففى كتاب ابن سحنون من حلف بالحلال عليه حرام قبل البناء وحنث بعده ونوى واحدة وقامت بينة بالحنث بعد البناء لا ينوى لانه يوم الحنث ممن لا ينوى ووجه ذلك أن اليمين انما تنعقد ويقع الطلاق بها يوم الحنث فيجب أن يراعى صفة ما يلزمه من الطلاق ذلك اليوم قال ابن سحنون وقد قال بعض أصحابنا الا أن تعلم ذلك منه البينة قبل البناء فلا يلزمه الا طلقة وله الرجعة وقال

سحنون اذا حلف قبل البناء بالحرام أو الخلية أو البرية ثم حنث بعد البناء فقال نويت واحدة فله ذلك وله الرجعة ووجهه ان الاعتبار باليمين يوم أوقعت لا يوم الحنث بدليل انه ان كان يوم اليمين بصفة من لا يلزمه اليمين لم يلزمه يمينه وان كان يوم الحنث بصفة من تلزمه ولو كان يوم اليمين بصفة من تلزمه الايمان وكان يوم الحنث بصفة من لا تلزمه اليمين لذهاب عقله أو غيره لزمته اليمين ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول فى الخلية والبرية انها ثلاث تطليقات كل واحدة منهما ﴾ ش قوله رضي الله عنه فى الخلية والبرية انها ثلاث تطليقات هذا المشهور من مذهب مالك رحمه الله وبه قال علي بن أبي طالب وعائشة وابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ولم ينو مالك فى المدخول بها وقد روى أبو الفرج عن أشهب عن مالك فى الخلية والبرية انه ينوى فى المدخول بها وقال الشافعي هي مانوى أقل من ثلاثة فهي رجعية وهو نحو رواية أشهب وقال أبو حنيفة فى الخلية والبرية والبائن اذا أراد طلاقا فواحدة بائن والدليل على مانقوله من لزوم الثلاث ان معنى الخلية التى خلت من الأزواج ولذلك لا يستعمل فى الرجعية لان الرجعية ذات زوج وكذلك معنى البرية هي التى برئت من عصمة الزوجية لان كلام الزوج راجع الى ذلك لانه لم يطلبها بدين فيرجع قوله برية اليه واذا كان مقتضى اللفظ ازالة العصمة وذلك لا يكون فى المدخول بها الا بالثلاث وجب أن يحمل عليه ووجه قول أشهب أن يريد بقوله خلية وبرية انها قد خلت من الزوجية التى تملك بعقد النكاح وبرئت منها لانه اليوم لا يملك منها ما كان يملكه بالزوجية مع أن هذا اللفظ جار الى البينونة بانقضاء العدة فاذا احتمل ذلك جاز أن يحمل عليه ويصدق فيه وهذا بعيد فى معنى اللفظ أن المطلقة الرجعية لم تبن عن عصمة الزوج لانه يملك اجبارها على الزوجية وأحكام الزوجية كلها ثابتة بينهما واذا قلنا برواية أشهب يحتمل أن يريد به واحدة بائنة ويحتمل أن يريد به رجعية والأظهر من معنى اللفظ أن تكون بائنة لان الرجعية لم تبرأ من الزوجية ولا خلت منها وقد اختلف أصحابنا فى وقوع الواحدة البائنة فى المدخول بها فروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى الذى يقول لامرأته أنت طالق طلاق الخلع انها واحدة بائنة وكذلك ان قال خالعت امرأتي أو بارأتها أو افتدت مني وكذلك ان قال صالحت امرأتي أخذ منها عوضا أو لم يأخذ فهي طلقة بائنة أو هي مبارئة وقال مطرف فى الذى يقول لها أنت طالق طلاق الصلح هي طلقة رجعية ولا يكون طلاق الصلح الا بعطية وقال ابن الماجشون هي البتة وبه قال أشهب وسحنون فوجه القول بأنها واحدة بائنة انه وصف الطلاق بصفة يقع الطلاق عليها منه واحدة بائنة بأن أضافه الى خلع أو صلح أو مفاداة أو مبارأة لما استعمل فى ذلك لفظ المفاعلة التى ظاهرها أن تكون من اثنين فكأنه أبرأها من عصمته لما أبرأته من حقوقها عليه وما كان بهذه الصفة يكون طلقة بائنة فكذلك ما وصف لها فجعل هذا الحكم لنفس الطلاق على هذا الوجه لا للعوض فى الصلح والخلع ووجه قول مطرف انه لما كان هذا النوع كله من الفرقة انما يقتضي باطلاقه طلقة واحدة ووصف به طلاقه اقتضى طلقة واحدة فأما منع الرجعة فى الخلع والصلح وما أشبههما فانما كان للعوض الذى أخذ فلما عرا هذا الطلاق من العوض لم يمنع الرجعة ووجه قول ابن الماجشون ان ما وصف به طلاقه اقتضى البينونة ومنع الرجعة ولما كان ذلك لا يحصل الا بالثلاث حمل طلاقه على الثلاث (فرع) وما قدمناه من الخلاف يثبت فى باريت ولم يذكر أحد من أصحابنا فى برية الا الرواية التى ذكرناها عن أشهب ويحتمل أن تلحق برية على هذه الرواية بما قدمناه ويحتمل أن يفرق بينهما بأن باريت فيه معنى الصلح وأما برية فليس فيه معنى

* وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول فى الخلية والبرية انها ثلاث تطليقات كل واحدة منهما

الصلح الذى يثبت البينونة مع الواحدة وانما يقتضى أن تكون واحدة رجعية أو ثلاثة تمنع الرجعة باستيفاء عدد الطلاق (مسئلة) وأما قوله خليتك فان قال لم أرد طلاقا استحلف على ذلك وقبل منه ومنع هذا فى خليت سبيلك لان استعمال هذا فى غير الطلاق أكثر من خليت سبيلك قاله ابن المواز وان قال أردت الطلاق ولم ينو شيأ فقال ابن حبيب هى مثل خليت سبيلك وفارقتك وسرحتك ثلاثا فى المدخول بها حتى ينوى أقل من ذلك فيحلف وقاله محمد بن المواز وقال ان لم تكن له نية أو لم يحلف فهى ثلاث ووجه ذلك ان معنى اللفظ يقتضى ماقاله من أن يكون قد خلى سبيلها الذى كان له عليها والرجعية لم يخل سبيلها بل هى فى حكمه بأنه قد خلى سبيلها (فرق) والفرق على هذا القول بينهما و بين حرام و بائن و بتة و بتلة وخلية و برية وان كان المعنى واحدا الا أن استعمال هذه الالفاظ فى غير الطلاق وفى الطلقة الواحدة على ضرب من الاتساع فى الكلام أكثر من استعمال الحرام والبائن والبرية والخلية فيه فان هذه الالفاظ مع اقتضائها معنى الثلاث لا تكاد تستعمل الا على هذا الوجه وللاستعمال تأثير فى تحقيق معانى الالفاظ كماله تأثير فى اقتضاء الالفاظ غير ماوضعت له من المعانى وهذا على المشهور من قول مالك وأما على رواية أبى الفرج عن أشهب انه ينوبه فى الخلية والبرية فلا فرق بينهما والله أعلم (مسئلة) وأما قوله فارقتك فان قال لم أرد طلاقا فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ذلك له و يحلف ووجه ذلك ان هذا اللفظ يستعمل كثيرا و يتردد فى المفارقة الى السفر والخروج والدخول وغير ذلك فجاز أن يحمل عليه اذا ادعاه ولذلك قال محمد بن المواز فيما يشبه هذا مالم يكن جوابا لسؤالها الطلاق (فرع) فأما ان قال أردت الطلاق بقولى فان شك فقد روى ابن المواز عن مالك انه ينوى فى المدخول بها فان لم تكن له نية فهى ثلاث وفى غير المدخول بها ان لم يكن له نية فهى واحدة رواه عيسى عن ابن القاسم وروى ابن المواز عن مالك أيضا انها ثلاث ان لم ينو شيأ وجه القول الأول ما احتج به مالك فى المدونة من قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته وقوله تعالى فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ولا خلاف انه انما أراد المفارقة بالواحدة بهذا اللفظ بل لا يجوز أن يريد الثلاث لانها ليست من المفارقة بالمعروف ووجه القول الثانى أن لفظ المفارقة يقتضى البينونة قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ماجاءتهم البينة والرجعية لا تصح منها هذه الفرقة لانها لا تملك مفارقة الزوج (فرع) فاذا قلنا ينوى فى المدخول بها فانه ان لم ينو شيأ كانت ثلاثا وانما فرق بين الدخول و بين غيره ان لم ينو فجعلها واحدة فى غير المدخول بها وثلاثا فى المدخول بها لما تقدم من أن للدخول تأثيرا فى تغليظ الطلاق لما قلناه من أن معنى الفرقة يوجد فى غير المدخول بها بواحدة ولا يوجد فى المدخول بها الا الثلاث وقد روى أشهب فى سرحتك مثل هذا وانها واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك وقال انه القياس (مسئلة) وأما قوله سرحتك فان قال لم أرد به الطلاق فقد روى ابن المواز انه يقبل منه و يحلف الا أن يكون ذلك جوابا لسؤالها الطلاق ووجه ذلك ماقدمناه فى فارقتك وان قال أردت الطلاق واحدة فقد روى عن أشهب انه قال له نيته و يحلف وقال هى واحدة حتى يريد أكثر من ذلك وهذا يقتضى تصديقه دون يمين وروى عنه انه قال هى ثلاث ولا ينوى وجه القول الأول انه لما كان اللفظ قد يستعمل فى الواحدة ومعناه يقتضى الثلاث فى المدخول بها قبل منه انه نوى ما قد يستعمل فيه واحلف انه لم يرد ما يقتضيه اللفظ ووجه القول الثانى انه لما كان اللفظ يستعمل فى الواحدة وفى الثلاث كان كلفظ الطلاق يقبل منه ما ادعاه من ذلك ووجه القول الثالث ان معنى التسريح الطلاق ولذلك يقال سرحت الدابة اذا

أزلت عنها ما يمنعها الذهاب فكذلك فى الزوجة يقتضى انك أزلت عنها ما يمنعها التصرف على اختيارها ويقتضى ذلك أن لا يملك صرفها الى الزوجة وهذا المعنى معدوم فى الرجعية فحمل على الثلاث فان قيل هذا يلزمكم فى لفظ الطلاق فانه يفهم منه اطلاق الزوجة من حكم الزوجية وهذا لا يصح مع بقاء الرجعة فالجواب انا لا نسلم ان معنى التطليق يقتضى ذلك لأن لفظة الطلاق موضوعة لهذا المعنى وليست مأخوذة من الاطلاق ولا من الانطلاق وانما وضعت لهذا المعنى على وجه يحتمل عندنا الطلقة الواحدة وأكثر منها ولذلك لا يختلف انها صريح فى الطلاق عندنا على أحد الوجهين وعند أبى حنيفة انه لا صريح غيرها وقال أبو حنيفة انه ان نوى بها الثلاث لم تكن له الا واحدة بخلاف غيرها من ألفاظ الطلاق وعند أبى حنيفة والشافعى ان خلية وبرية وبائنا وحراما من كنايات الطلاق وهذا يفيد انها منقولة الى الطلاق عما وضعت له فوجب أن يعتبر فيها المعنى الذى وضعت له من التحريم والبينونة والابراء والخلو وذلك كله يقتضى زوال الملك فلا يلزمنا ما ألزمتم (فرع) فاذا قلنا فى سرحتك انها واحدة ان نوى فان لم ينو شيأ فقد قال أشهب هى واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم انها فى المدخول بها ثلاث حتى ينوى أقل من ذلك فله نيته ويحلف وفى التى لم يبن بها واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك وقاله مالك وجه قول أشهب أنه طلاق يصح أن يكون واحدة مع البتة فوجب أن تكون واحدة دون البتة أصل ذلك ما قبل الدخول ووجه قول ابن القاسم ما تقدم فى قوله فارقتك وقد روى عن ابن القاسم انه قال فى سرحتك بعض الضعف والقياس أن ذلك كله سواء هى واحدة فى ذلك كله حتى يريد أكثر (مسئلة) وأما قوله خليت سبيلك فقد روى ابن القاسم انه ان قال لم أرد طلاقا لم يقبل ذلك منه بخلاف فارقتك وخليتك فانه يقبل منه انه لم يرد طلاقا والفرق بينهما ان خليت سبيلك لا يكاد يستعمل الا فى الطلاق ولو كان قبله ما يقتضيه لوجب أن يقبل منه فان قال أردت الطلاق ولم أنو عددا فقد روى ابن وهب عن مالك هى واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك وبه قال ابن عبد الحكم وقال ابن القاسم انها ثلاث وبه أخذ أصبغ وابن المواز وجه رواية ابن وهب انه لفظ يستعمل فى الطلاق وليس منه ما يقتضى قطع العصمة فاقتضى طلقة واحدة كقوله طلقتك ووجه رواية ابن القاسم ان تخلية السبيل انما تستعمل على معنى اطراح العصمة وترك الامساك بشئ منها فاقتضى الثلاث اطلاقه كقولك حبلك على غاربك (فرع) فاذا قال أردت واحدة فيجئ على رواية ابن وهب انه يصدق دون يمين ويجئ على رواية ابن القاسم عن مالك له نيته ويحلف ووجهه ما تقدم

(فصل) وقوله انها ثلاث تطليقات كل واحدة منها لئلا يظن ظان ان الثلاث انما تقع لتكرر الألفاظ ولا يكون ذلك مقتضى كل لفظ منها فبين أن مقتضى كل لفظ ما ذكره ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أن رجلا كانت تحته وليدة لقوم فقال لأهلها شأنكم بها فرأى الناس انها تطليقة واحدة ﴾ ش قوله انه قال لأهلها شأنكم بها يريد انه قال ذلك على وجه المغاضبة أو طلب الطلاق منه أو ما يقتضى أن يفهم منه الطلاق وأما لو تقدمت قبل ذلك رغبتهم اليه فى أن تبيت عندهم أو تسافر معهم فقال لهم شأنكم بها وقال لم أرد بذلك الا اباحة ما سألتمونى لم يكن عليه شئ قال أشهب وأما اذا قال ذلك على ما قدمناه وقال لم أرد طلاقا لم يقبل منه لان هذا من الألفاظ التى جرت العادة باستعمالها فى الطلاق فاذا وقع على وجه يفهم منه ذلك حمل عليه (مسئلة) وان قال نويت الطلاق فقد روى ابن القاسم عن مالك انها واحدة الا أن يريد أكثر من ذلك فى غير المدخول بها فانها

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم ابن محمد أن رجلا كانت تحته وليدة لقوم فقال لأهلها شأنكم بها فرأى الناس انها تطليقة واحدة

ثلاث ولانية له كالو قال وهبتكم ايلها وقال ابن حبيب انه حمل حديث القاسم على غير المدخول بها ولذلك رأى أهل العلم أنها تطليقة وفي المدنية أن مالكا قال لا يعجبني ذلك يريد حديث القاسم قال مالك وأراها التي قد دخل بها وان لم يدخل بها فهو بين انه ليست الا واحدة اذا لم تكن له نية وقال ابن حبيب وأصبغ هي ثلاث بنى بها أو لم يبن بها الا أن ينوي واحدة كالموهوبة ورواه أشهب وابن وهب عن مالك ووجه ذلك على ما تقدم (فرق) وفرق أشهب بين أن يقول لأهلها شأنكم بها وبين أن يقول لها شأنك بأهلك فاذا قال لأهلها شأنكم بها فانه لا ينوي واذا قال لها شأنك بأهلك نوى وروى عيسى عن ابن القاسم ان ذلك سواء ينوي في التي لم يبن بها ولا ينوي في المدخول بها * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ويجب عندي أن يدخل في هذه المسئلة من الخلاف مثل ما تقدم في خليت سبيلك وقوله خليت سبيلك يجب أن يكون أشد وكذلك حكم الحق بأهلك يجب أن يجري على هذا وقد روي عن مالك انه قال ينوي في الحق بأهلك ويحلف وأما اذا قال لها أنت رد على أهلك أو وهبتك لأهلك أو وهبتك لأبيك ففي المدنية من رواية عبد الرحمن بن دينار عن محمد بن يحيى النسائي عن مالك انها ثلاث في المدخول بها وواحدة في التي لم يدخل بها قال ابن كنانة قبلها أبوها أو لم يقبلها ووجه ذلك ان الطلاق من قبل الزوج فاذا وجد منه لفظ يقتضي الطلاق وليس فيه استثناء مشيئة لأب لم يراع في ذلك مشيئة الأب ص ﴿ مالك انه سمع ابن شهاب يقول في الرجل يقول لامرأته برئت مني و برئت منك انها ثلاث تطليقات بمنزلة البتة ﴾ ش قوله في الرجل يقول لامرأته برئت مني و برئت منك انها ثلاث تطليقات (مسئلتان * احداهما) أن لفظ البراءة يقتضي الثلاث لانه يقتضي براءتهما من الزوجية وقد تقدم ذكره * والثانية أن اضافة الطلاق الى الزوج أو الى الزوجة سواء فاذا قال لها برئت مني و برئت منك فهو سواء وكذلك لو قال لها أنت مني بائن أو أنت حرام أو أنا عليك حرام وكذلك لو قال لها أنا منك طالق أو أنت مني طالق سواء أضاف الطلاق الى الزوج أو الى الزوجة وقال أبو حنيفة ان اضافة الطلاق الى الزوج بلفظ الطلاق لا يقع به الطلاق وذلك اذا قال لها أنا منك طالق والدليل على ما نقوله انها جهة لو أضاف اليها الطلاق بلفظ البينونة ثبت حكمه كجهة الزوجة ص ﴿ قال مالك في الرجل يقول لامرأته أنت خلية أو برية أو بائنة انها ثلاث تطليقات للمرأة التي قد دخل بها ويدين في التي لم يدخل بها أواحدة أراد أم ثلاثا فان قال واحدة أحلف على ذلك وكان خاطبا من الخطاب لانه لا يخلي المرأة التي قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبريها الا ثلاث تطليقات والتي لم يدخل بها يخليها و يبريها وتبينها الواحدة * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك ﴾ ش قد مضى الكلام في الخلية والبرية وحكم البائن حكم الخلية والبرية وقد قال مالك انها ثلاث في التي دخل بها ولا يدين وذلك انه ان أراد واحدة لم يقبل منه وانما يدين و يقبل قوله في التي لم يدخل بها فان قال أردت واحدة أو اثنتين قبل ذلك منه وان حلف انه أراد بقوله أنت بائن لا ادعاء بن ذلك وكان خاطبا من الخطاب وفي ذلك اشارة الى انه انما يحلف اذا أراد النكاح ولو حلف عند طلاقه لم يقل فيه خاطب من الخطاب وانما يقال فيه انه رجل أجنبي وقد تقدم من قول ابن الماجشون وسحنون انه عند ارادته النكاح

(فصل) وقوله لانه لا يخلي المرأة التي قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبريها الا ثلاث تطليقات والتي لم يدخل بها يخليها و يبريها و يبينها الواحدة يقتضي قوله هذا أن المراد بقوله البينونة والاخلاء أن لا يكون له عليها رجعة سواء كان ذلك ثلاثا أو واحدة ويحتمل أن يريد به قطع العصمة بالنية ولما

* وحدثني عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول في الرجل يقول لامرأته برئت مني و برئت منك انها ثلاث تطليقات بمنزلة البتة * قال مالك في الرجل يقول لامرأته أنت خلية أو برية أو بائنة انها ثلاث تطليقات للمرأة التي قد دخل بها ويدين في التي لم يدخل بها أواحدة أراد أم ثلاثا فان قال واحدة أحلف على ذلك وكان خاطبا من الخطاب لأنه لا يخلي المرأة التي قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبريها الا ثلاث تطليقات والتي لم يدخل بها تخليها وتبريها وتبينها الواحدة قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك

كان عدم الرجعة لا يصح في المدخول بها بدون الثلاث حمل على الثلاث ولم يحمل قوله على واحدة وان ادعاها لان لفظه لا يصح استعماله في الواحدة في حق المدخول بها وأما غير المدخول بها فانه يحتمل أن يريد به قطع العصمة وذلك لا يكون الا بالثلاث ويحتمل أن يريد به طلاقا لا تتعقبه رجعة وان لم يقطع العصمة لكنه لما كان أظهر من جهة اللفظ في قطع العصمة حمل عليه ان لم يكن له نية فان ادّعى نية استحلف على انه أراد ما يستعمل فيه هذا اللفظ وان كان في غيره أظهر والله أعلم ويجب على هذا انه اذا قال في الخلع طلقتك بائنة أنه يقبل منه انه أراد واحدة في المدخول بها ويستحلف على ذلك ان أراد ابتداء نكاحها لان امتناع الرجعة يوجد في طلقة (مسئلة) فهذا مقتضى قول مالك في البائن والخلية والبرية والبائن في كلام العرب يستعمل بمعنى البعيد فيقال بان فلان من ذلك و يستعمل بمعنى الابانة بالقطع يقال ضربه فابان يده اذا قطعها فلم يبق شيأ منها وعلى أي الوجهين حملنا البينونة في الطلاق اقتضى ذلك ابطال الرجعة والمنع من ابتداء النكاح وذلك ان بعدها عنه لا يريد به تقارب أجسامهما وانما يريد به بعدها عن عصمته وزوجيته فهو أظهر في انقطاع العصمة وان كان يحتمل أن يريد به بعدها عما كانت عليه وذلك لا يكون الا بأن لا تكون له عليها رجعة فهي قريب مما كانت عليه وان قلنا ان معناه القطع فانه أيضا لا يوجد هذا المعنى الا بانقطاع الرجعة أو بانقطاع العصمة وأما الرجعية فان الاتصال بينهما موجود فاذا أبانها ثم ادعى الرجعية لم يكن له ذلك (مسئلة) وأما من نوى الطلاق ولم يلفظ بشئ جملة فلا يخلو أن يقترن به كتابة أو اشارة أو لا يقترن به شئ فان اقترنت به كتابة وذلك أن ينوي ايقاع الطلاق بكتابة فانها طالق بذلك وقال عطاء ومن كتب الطلاق ولم يلفظ بشئ فليس بطلاق والدليل على صحة ما نقوله ان الكلام هو المعنى القائم بالنفس واظهاره بالكتابة كاظهاره بالنطق كالفظه بالتوحيد يكتبه من لا يقدر على الكلام فانه يقضى له به (فرع) واذا كتب الطلاق على غير عزم فله تركه ما لم يخرجه عن يده أو يشهد عليه فان أخرجه عن يده على وجه الارسال به الى الزوجة فهو انفاذ له كالاشهاد به وسواء كتب أنت طالق أو اذا جاءك كتابي فانت طالق قاله مالك (فرع) فاذا كتب ولم يشهد به ولم يخرجه عن يده فان له رده و يحلف انه ما أراد انفاذ الطلاق ووجه ذلك انه يكتبه على وجه الارتياب فيه أو على وجه التهديد به فيحلف لما احتمل انه لم يكتبه الا على وجه الطلاق (مسئلة) وان نوى الطلاق وأشار به لزمه الطلاق (فرق) ولا فرق بين اظهاره بالكتابة أو اظهاره بالنطق سواء أشار بيده أو رأسه قال مالك واحتج في ذلك بقوله تعالى أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا ولان طلاق الأخرس انما يكون بالاشارة ووجه آخر وهو ان الاشارة عبارة عما نواه منه كالنطق (مسئلة) فان لم يقترن به كتابة ولا اشارة ففي كتاب ابن المواز عن مالك من طلق ثلاثا على ذلك فلا شئ عليه وروى أشهب عن مالك في العتبية يلزمه ذلك قال ابن عبد الحكم وليس بشئ وجه الرواية الاولى ماروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال وانما لامرئ ما نوى وهذا قد نوى الطلاق فوجب أن يكون له ووجه ثان وهو ان ألفاظ الطلاق اذا لم يرد بها طلاقا لا يكون طلاقا وانما يوقع عليه الطلاق لانا لا نعلم صدقه في انه لم يرد الطلاق فنحمله على مقتضى لفظه وقد أجمعنا على انه اذا أرادها الطلاق وقع بها الطلاق فدل ذلك على ان الاعتبار بالنية دون اللفظ ووجه الرواية الثانية ماروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم أو تعمل به ومن جهة المعنى ان النية بمجردها لا تقوم مقام القول والعمل وان افتقر القول والعمل الى نية كالصلاة وتكبيرة الاحرام والقراءة

وغير ذلك من الأقوال والأفعال والعبادات (مسئلة) ومن قال لامرأته كلى واشربى من الألفاظ التى لاتستعمل فى الطلاق حقيقة ولا مجازا فقد قال مالك يلزمه الطلاق وقال أبو حنيفة والشافعى لايلزمه طلاق وقال بعض أصحابنا ان هذا مبنى على ان مجرد النية يقع به الطلاق ومذهب ابن القاسم يقتضى انه لايقع الطلاق فى هذه المسئلة بمجرد النية وانما يقع بما قارن النية من اللفظ ولذلك روى عن مالك فيمن أراد أن يقول أنت طالق فقال كلى أو اشربى انه لايلزمه شئ وان كان قد وجدت النية ومعنى هذه المسئلة انه قد وجد منه لفظ قصد به الى ايقاع الطلاق فلزمه الطلاق أصل ذلك اذا تلفظ بكنايات الطلاق

﴿ ما يبين من التمليك ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه ان رجلا جاء الى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن انى جعلت أمر امرأتى فى يدها فطلقت نفسها فماذا ترى فقال عبد الله بن عمر أراه كما قالت فقال الرجل لاتفعل يا أبا عبد الرحمن فقال ابن عمر أنا أفعل أنت الذى فعلته ﴾ ش التمليك المذكور هو أن يملك الرجل امرأته أن تطلق نفسها وذلك بأن يقول لها قد ملكتك أمرك أو يقول لها أمرك بيدك وفى كتاب ابن المواز وكذلك قوله قد ملكتك وان لم يقل أمرك ولا نفسك وكذلك قوله طلاقك اليك أو بيدك قال ابن القاسم أو قال لها أمرك بيدك ان شئت أو أنت طالق اذا شئت فهذا كله تمليك محض ويشبه أن يكون هذا السائل الذى سأل ابن عمر رضى الله عنه قال لامرأته أمرك بيدك لان ذلك مقتضى قوله جعلت أمر امرأتى فى يدها

(فصل) وقوله فطلقت نفسها يقتضى انها جاوبته تقول طلقت نفسى الا ان المشهور من المذهب ان المرأة تسئل عما أرادت بقولها طلقت نفسى وقد روى عن ابن القاسم لاتسئل وهى واحدة فى التمليك قال محمد وهو أحب الى وجه القول الاول انها تسئل لئلا تدعى أكثر من واحدة فتنا كر أو تمضى ووجه القول الثانى أنها ان ادعت أكثر من واحدة لم يقبل قولها الا ان اللفظ كثيرا ما يستعمل فى الطلقة الواحدة فاذا أطلقت هذا اللفظ الذى يستعمل غالبا فى الواحدة لم تقبل دعواها انها أرادت أكثر من واحدة لان ذلك استئناف دعوى منها كما لو قالت طلقت نفسى واحدة ثم قالت أردت أكثر من ذلك أو أزيد الآن على ذلك (فرع) وهكذا كل لفظ لايستدل به على الثلاث لانه يحتمل غيره فان المرأة تسئل عما أرادت بذلك قاله ابن القاسم وقد تقدم الخلاف فى ذلك بما يغنى عن اعادته وقد روى ابن حبيب عن ابن القاسم فى المملكة تقول قد طلقتك هى واحدة الا أن تريد المرأة أكثر من ذلك كقول الرجل لها ذلك فثبت القولان لابن القاسم والله أعلم (مسئلة) وأما ان قالت قبلت نفسى أو اخترت نفسى أو طلقت نفسى ثلاثا أو بنت منك أو حرمت عليك أو برئت منك فانه محمول على الثلاث ولا تسئل المرأة عما أرادت بذلك لانها لو قالت أردت أقل من ثلاثة فى المدخول بها لم تصدق فيه رواه ابن القاسم عن مالك وهذا فى اللفظ الذى لايحتمل الا الطلاق وكذلك قولها أنا منك خلية أو برية أو بائن وأنا عليك حرام وهذه الألفاظ كلها قد تقدم القول فيها فأما قبلت نفسى وحملها على الثلاث فانه حمل ذلك على أن قبولها لنفسها قبولها لملك نفسها وذلك لا يكون الا بواحدة قبل البناء أو بثلاث بعد البناء فلذلك حمل من قولها على الثلاث فلم تصدق بعد البناء على أنها أرادت به واحدة وقد روى ابن المواز عن أشهب ان لها تفسير ذلك بالواحدة بمنزلة قبلت أمرى ولا يراه طلاقا

﴿ ما يبين من التمليك ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك أنه بلغه أن رجلا جاء الى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن انى جعلت أمر امرأتى فى يدها فطلقت نفسها فماذا ترى فقال عبد الله بن عمر أراه كما قالت فقال الرجل لا تفعل يا أبا عبد الرحمن فقال ابن عمر أنا أفعل انت الذى فعلته

حتى توقف ولم يره مثل أخذت نفسي (مسئلة) وهذا اذا لم يكن ملكها على عوض فان ملكها على عوض أعطته اياه ففي المبسوط من قول مالك ان قالت له برئت منك انها واحدة لانه خلع وهي مثل التي لم يبن بها فان أراد أن ينكحها نكاحا جديدا أحلف بالله ماوليتها من أمرها الا واحدة وانما معنى ذلك انه ملكها بلفظ محتمل وناكرها فتكون بائنة لاجل العوض (مسئلة) فان قالت خليت سبيلك ففي كتاب ابن حبيب عن ابن القاسم ان قولها له قد خليت سبيلك أو فارقتك كقوله ذلك لها لان ابتداء ذلك منه يحمل على طلاق السنة وهي واحدة حتى يريد أكثر من ذلك وأما هي فملكة فكانت اجابتها عن الفراق فهو على البتات حتى يريد واحدة والخلاف بينهما في الأصل وذلك ان ابن القاسم يرى في الزوج يقول لزوجته خليت سبيلك هي ثلاث حتى ينوي أقل من ذلك فعلى هذا لا فرق بين أن يقول ذلك الزوج لها أو تقوله الزوجة للزوج وقول أصبغ مبني على رواية ابن وهب عن مالك ان قول الزوج للزوجة خليت سبيلك واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك فلذلك أمكن أن يفرق بين قول الزوج والزوجة وانما فرق بينهما مع هذا الأصل بان الزوج ملك الطلاق بالشرع فكان له أن يوقع منه ماشاء بل هو مامور أن يفرقه واللفظ لا يخالف ذلك فلذلك قبل منه أردت واحدة وأما المرأة فان الزوج ملكها ولم يستثن قليلا من كثير فكان الظاهر انه ملكها جميع الطلاق ولذلك يستحلف ان ناكر فلما جاوبته بالفرقة كان مقتضى ذلك ايقاع جميع ماملكها اياه (مسئلة) فأما ان كان لفظ يحتمل الطلاق وغيره مثل أن تقول قبلت أمري فان قالت أردت به قبلت ماجعل لي من التمليك أو الخيار قبل ذلك منها ثم قيل لها طلقي بعد ذلك أو ردي وان قالت أردت بقولي قبلت أمري الطلاق سئلت ما أرادت من الطلاق فيحتاج في هذا الى سؤالين لما كان اللفظ محتملا للطلاق وغيره ثم تسئل مرة أخرى عن قدر ما أرادت من الطلاق لان ماتلفظت به يحتمل من الطلاق الواحدة أو أكثر (مسئلة) فان قالت قد قبلت لم تزد على ذلك ثم قالت بعد الافتراق من المجلس لم أرد الا أن أنظر وأستخير كان لها أن تقضي الآن بواحدة فتلزمه أو بأكثر من ذلك فيكون لها المناكرة لان لفظ قبلت محتمل (فرع) فان قالت بعد الافتراق لم أرد شيأ لم يقبل (مسئلة) وسواء أضافت الطلاق اليها أو اليه فقالت طلقت نفسي أو طلقتك أو أبنت نفسي أو أبنتك لان اضافة الطلاق الى جهة الزوج كاضافته الى جهة الزوجة كما لو أوقعه الزوج

(فصل) وقول ابن عمر رضي الله عنه أراه كما قالت يريد أن ماقالت يلزمه على حسب ما أورده هو لكن ذكر أنه جعل أمر امرأته بيدها وهذا تمليك محض ثم ذكر انها طلقت نفسها وهذا أقل ما يلزمه به طلقة واحدة ولعل السائل والمسؤل قد جرى منهما مافهم به هذا المعنى وقال الشافعي التخيير والتمليك بهذا اللفظ دون لفظ الطلاق وليس بشئ الا أن ينوي به الزوج الطلاق فيكون مانوى منه وان لم يرد به الطلاق وقالت هي قبلت نفسي أو اخترت نفسي فليس بشئ وهذا القول لم يتقدمه فيه سلف وهو مبني على قوله أن قول الزوج قد ملكتك أمرك وأمرك بيدك من كنايات الطلاق وكذلك قولها قبلت نفسي من كناياته من جهتها فاذا قالا جميعا أردنا به الطلاق وقع الطلاق وان قال أحدهما لم أرد بقولي طلاقا فليس بطلاق وان قال الآخر أردت الطلاق وقد مضى الكلام على كنايات الطلاق بما يغني عن اعادته (مسئلة) وهذا اذا كانت المملكة ثيبا محجورا عليها أو غير محجور عليها لان الحجر لا تأثير له في الطلاق ولذلك ينفذ طلاق السفيه المحجور عليه وكذلك اذا كانت بكرا بالغا لان البكر البالغ يلزمه طلاقها وأما الصغيرة ففي الموازية قال أشهب وعبد الملك

في الصغيرة تخير فتختار نفسها ذلك لها وقال ذلك لها اذا بلغت في حالها قال ابن القاسم يريد بلغت حد الوطء وروى عيسى عن ابن القاسم اذا بلغت مبلغا تعرف ما ملكت أو يوطأ مثلها فذلك لازم وقال عبد الملك في المجموعة عن المغمورة يخيرها زوجها وهي مفيقة فتختار نفسها وهي مغمورة ان قضاءها غير جائز ولو خيرها مغمورة فاختارت نفسها جاز قضاؤها وكذلك لو ملك صبيا أمر امرأته جاز ما قضى به عليه ان كان يعقل ما جعل اليه وما يجيب به قال ابن سحنون عن أبيه وكذلك اذا جعل أمرها بيد امرأة أو ذمي

(فصل) وقول الرجل لا تفعل يا أبا عبد الرحمن على سبيل الكراهية لما أفتاه به والحرص على أن يعيد نظر العالم بخالف ما قدر آه فقال عبد الله بن عمر أنا فعلته أنت فعلته يريد بذلك لا صنع لي في ذلك وانما قولك وعملك أدى الى ما أفتيتك به لان الفتوى انما هي بحسب سؤال السائل وما يقوم له من القول والعمل ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول اذا ملك الرجل امرأته أمرها فالقضاء ما قضت الا أن ينكر عليها فيقول لم أرد الا واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملك بها ما كانت في عدتها ﴾ ش قوله رضي الله عنه اذا ملك الرجل امرأته أمرها فالقضاء ما قضت لا يخلو أن تكون المرأة مكلفة أو غير مكلفة فان كانت مكلفة لزمه ما قضت به وان كانت غير مكلفة فلا يخلو أن تعقل لتمليك أو لا تعقله فان عقلته ففي الموازية عن مالك في الذي يخير زوجته قبل أن تبلغ وقبل لبناء فاختارت نفسها فهو طلاق قال ابن القاسم يريد اذا بلغت حد الوطء وروى عيسى عن ابن القاسم اذا بلغت مبلغا تعرف ما ملكت قال عبد الملك وسحنون وكذلك لو جعل أمرها بيد صبي (مسئلة) ومن خير امرأته وهي مغمورة جاز قضاؤها عليه لأنه رضي بذلك لنفسه ولو كانت مفيقة ثم أصابها ذلك لم يلزمه قضاؤها قاله عبد الملك في المجموعة ووجه ذلك أنه انما رضي قضاءها على ما علم من حالها وعقلها فاما ذهب ذلك لم يلزمه ما قضت على غير تلك الصفة

(فصل) وقوله القضاء ما قضت به يريد أن لفظ التمليك يقتضي ذلك لأن ظاهره تمليك نفسها وذلك لا يكون الا بالطلاق فقد فهم من هذا اللفظ وضع الطلاق بيدها كما لو وكل أجنبيا على طلاقها واذا كان ذلك المعلوم من لفظ التمليك وجب أن يثبت حكمه كما لو تلفظ في ذلك بلفظ الطلاق لأن هذه العبارة موضوعة لتتفاهم بها المعاني فاذا كان اللفظ يفهم من تمليك الطلاق ما يفهم منه اذا ورد بلفظ الطلاق وجب أن يكون حكمه في الحالين سواء فلا يقبل منه اني لم أرد تمليك الطلاق كما لا يقبل ذلك منه اذا تلفظ بالطلاق ولأن العجمي يمكن أن يعبر عن ذلك بلسانه وان لم يكن فيه لفظ طلاق ويلزمه حكمه في التمليك والطلاق المبتدأ وكذلك الأخرس يفهم عنه هذا بالاشارة وتساوى ذلك بلفظه به كسائر الاحكام من الندب وغيره قال ابن المواز وأخذ مالك بقول عمر ان القضاء ما قضت الا ان تناكر وهذا يقتضي أيضا انها ان ردت التمليك أنه لا يقع به طلاق لأنها قضت بالبقاء على الزوجية وقد روى ابن المواز أن مذهب ربيعة في التمليك هي واحدة قبلت أو ردت قال مالك وما أدري من أين أخذه وقد اختار أزواج النبي صلى الله عليه وسلم المقام فلم يكن ذلك فراقا ووجه ذلك من جهة المعنى أن من وكل على الطلاق فلم يوقعه الوكيل لم يلزمه الطلاق فكذلك هذا

(فصل) وقوله رضي الله عنه الا ان ينكر عليها الزوج فيقول لم أرد الا واحدة وذلك أنه لا يخلو التمليك أن ينوي به واحدة أو أكثر من ذلك أو لا ينوي شيأ فان نوى واحدة أو اثنتين فقضت بنواه لزم ذلك ولم يلزم أكثر من ذلك لأنه قد ملكها طلقة واحدة وأوقعتها فلزمها ذلك ولم يلزمها أكثر من ذلك

* وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول اذا ملك الرجل امرأته أمرها فالقضاء ما قضت به الا أن ينكر عليها فيقول لم أرد الا واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملك بها ما كانت في عدتها

لأنه لم يوجد منه تمليك لما زاد ولا منها رضى بذلك ولا ايقاع له (مسئلة) ويكون له الرجعة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يقع طلقة واحدة بائنة إلا أن ينوى ثلاثا فيكون ثلاثا والدليل على مانقوله أن هذه جهة لوقوع الطلاق فكانت واحدة رجعية كجهة الزوج (مسئلة) فان أوقعت ثلاثا وهو قد نوى واحدة لزمته واحدة ولم يلزمه أكثر منها وبهذا أخذ مالك وهو قول عبد الله ابن عمر لأن له أن يناكرها وروى عن على بن أبى طالب وسعيد بن المسيب رضى الله عنهما أن الامر على ماقضت ولا ينفعه المناكرة والدليل على صحة ماقلنا أن الطلاق انما صار بيدها بجعله ذلك اليها وتفويضه والذى جعل اليها طلقة واحدة ومابعد ذلك من الطلاق لم يجعله اليها فلم يكن لها ايقاعه كالواحدة قبل أن يجعل ذلك اليها (مسئلة) وان ملكها ثلاثا صرح بها فاوقعت واحدة فلا يلزمه شئ فى رواية ابن القاسم وقال الشافعي يلزمه الطلقة وهى رواية مطرف عن مالك قال مالك ولو قال لها قد ملكتك البتة فأوقعت واحدة لم يكن ذلك شيأ لأن البتة لاتنقسم والثلاثة تنقسم من ثمانية أبى زيد وجه الرواية الاولى ان ماجعله اليها وقصرت عنه لم يلزمه ذلك فاذا ألزمناه الواحدة لم يكن فى ذلك موافقة لما جعل اليها لان الثلاث لم توقعها الزوجة فلم تقع والواحدة لم يجعلها الزوج اليها فاذا أثبتنا حكم ماأوقعت وهى الواحدة أثبتنا مايخالف ماجعله الزوج اليها واذا جعل اليها واحدة وطلقت نفسها ثلاثا فقد وافقته فى الواحدة ومازادت على ذلك مما لم يجعله اليها يبطل ويثبت ماجعله اليها فتوجد الموافقة لما جعله اليها والله أعلم (مسئلة) وأما ان لم يصرح بالثلاث وانما قال لها أمرك بيدك فطلقت نفسها واحدة فقال لم أرد الا التمليك فى الثلاث فانه لايقبل منه وتقع طلقة رجعية ويكون أملك بما قاله وجه ذلك أن التمليك منه قد وجد وهو يحتمل الواحدة ولذلك لو طلقت نفسها ثلاثا وادعى واحدة لكانت واحدة فاذا أوقعتها الزوجة فقال لم أرد الا ثلاثا لم يقبل منه وكان ذلك منه على وجه الندم والله أعلم (مسئلة) ومن قال لامرأته أمرك بيدك فقالت قبلت ثم قال أردت بالتمليك البتة وقالت هى أردت واحدة ففى المبسوط عن مالك هى ثلاث الا أن تقول قبلت واحدة ومعنى ذلك والله أعلم انه لما فسر قوله بالثلاث وقالت هى قبلت وكان ظاهر ذلك قبولها ماجعل اليها لزمه ما أقر انه جعل اليها فعله ولم ينفعها تفسير ما نوته بالواحدة وهى تحتمل الثلاث مع مطابقتها لما جعله بيدها

(فصل) وقوله رضى الله عنه ويقول لم أرد الا واحدة يعنى أن مناكرته لها أن يقول لم أرد الا واحدة فهذا يحلف على قوله انه لم يرد الا واحدة قال محمد يحلف مكانه لان له الرجعة مكانه فان لم يكن بها فلا تلزمه اليمين لانها قد بانت منه فاذا أراد نكاحها حلف على مانوى ولا يحلف قبل ذلك اذ لعله لا يتزوجها وهذا الذى قاله محمد عندى انما هو لحكمه الآن بان طلاق التمليك رجعى * قال القاضى أبو الوليد والاظهر عندى اذا أراد أن يرتجعها وأما ان لم يرد أن يرتجعها فيجب أيضا أن لايلزمه بتعجيل اليمين اذ لعله لا يرتجعها (مسئلة) فان أبى أن يحلف ففى المبسوط عن القاضى أبى اسحق فى الذى يناكر اذا أبى أن يحلف ألزم الثلاث على الاصل قال ومعناه أنه قد ملك فهو على أصل الطلاق الا أن يقول أردت بعضه ويحلف فهذا على قول محمد بن المواز فعلى هذا القول يؤمر فى العدة باليمين فان أبى قضى عليه بالثلاث وبعد العدة لايعرض له حتى يريد النكاح فاذا أراد ذلك استحلف فان حلف والا قضى عليه بالثلاث وكان الاظهر عندى تأخير اليمين عنه الى أن يريد الرجعة فى العدة أو النكاح بعد العدة لان اليمين انما هى لاستباحة المراجعة فاذا أراد أن يرتجع أمرها لاستباحة الرجعة

فان لم يحلف منع المراجعة وكان حكمه بعد ذلك حكمه قبل اليمين ولو اقتضى نكوله الحكم عليه بالثلاث لوجب أن يكون ذلك عند المناكرة والمنع لها من ايقاع ما أوقعته لان ذلك وقت التخاصم فيه وابطال ما ادعته واثباته والله أعلم وأحكم

﴿ ما يجب فيه تطليقة واحدة من التمليك ﴾

ص ﴿ مالك عن سعيد بن سليمان بن زيد بن ثابت عن خارجة بن زيد بن ثابت انه أخبره انه كان جالساً عند زيد بن ثابت فأتاه محمد بن أبي عتيق وعيناه تدمعان فقال له زيد ما شأنك فقال ملكت امرأتي أمرها ففارقتني فقال له زيد وما حملك على ذلك قال القدر فقال زيد ارتجعها ان شئت فانما هي واحدة وأنت أملك بها ﴾ ش قوله ان محمد بن عتيق أتى زيد بن ثابت وعيناه تدمعان يقتضي بما بعده فرط ندمه وتأسفه على فراق امرأته وذلك يقتضي اعتقاده انه لا رجعة له عليها امالانه ظن انها واحدة بائنة أو انها ثلاث ولو اعتقد ان له عليها الرجعة لراجعها ولم يحتج الى ذلك لما فعل بعد أمره به زيد بن ثابت وأرشده اليه فقال له زيد بن ثابت ما شأنك لما رأى به من البكاء والندم فأخبره انه ملك امرأته ففارقته وان ذلك الموجب لما رأى له من البكاء والجزع فقال زيد ما حملك على هذا يحتمل انه أراد به توبيخه على ما فعله وتهديده فيه حتى لا يأتيه مرة أخرى ويحتمل أن يكون أراد سؤاله عن سبب هذا لئلا يكون الحكم يختلف باختلاف سببه وان كان ملكها بعوض أو بغير عوض فلما قال القدر ولم يكن ثم سبب يظهره أجابه عن مسئلته

(فصل) وقول زيد ارتجعها ان شئت فانما هي واحدة وأنت أملك بها روى ابن المواز عن أشهب قال مالك لا آخذ بحديث زيد في التمليك ولكني أرى اذا ملك امرأته ان القضاء ما قضت الا أن ينكر عليها فيحلف كما قال ابن عمر ويحتمل قول مالك هذا أن يعلم أن يكون علم مذهب زيد انها لا تكون الا واحدة وان أوقعت أكثر من ذلك على كل حال ويحتمل أيضاً أن يكون مالك قال يريد بذلك اني لا أقول بظاهر اللفظ على الاطلاق لقوله ففارقتني والفراق عند مالك في بعض الروايات عنه يقتضي أكثر من الواحدة والحديث يحتمل أن يكون ذكر فراقاً على غير لفظ الفراق وانها فارقته بطلقة واحدة ويحتمل أن يكون ملكها طلقة واحدة بتصريح فلا يلزمه ما زادت ولا يلزمه في ذلك يمين فلذلك قال له ارتجعها فيكون ذلك موافقاً لقول مالك لان اليمين انما يحتاج اليها اذا كان لفظه محتملا وأوقعت المملكة أكثر من طلقة وانما كان جزع ابن أبي عتيق على هذا التأويل فرقاً من أن تكون واحدة بائنة وعلم من مخالفته اله انها اذا ملكت نفسها لم تعد اليه ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن ابن القاسم عن أبيه ان رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرها فقالت أنت الطلاق فسكت ثم قالت أنت الطلاق فقال بفيك الحجر ثم قالت أنت الطلاق فقال بفيك الحجر فاختصما الى مروان ابن الحكم فاستحلفه ما ملكها الا واحدة وردها اليه قال مالك قال عبد الرحمن فكان القاسم يعجبه هذا القضاء ويراه أحسن ما سمع في ذلك قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك وأحبه الي ﴾ ش قوله ان رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرها فقالت أنت الطلاق يقتضي ايقاعها الطلاق بأثر تمليكه اياها الطلاق ولو أخرت قبول التمليك بالقول فلا يخلو أن يوجد منها فعل يدل على الفراق أو لا يوجد منها قول ولا فعل فان وجد منها في المجلس فعل يدل على الفراق مثل أن تخمر رأسها أو تأمر بنقل رحلها الى عند أبويها ففي المبسوط من رواية ابن المعذل عن ابن الماجشون ان فعلت من ذلك شيئاً يبين

﴿ ما يجب فيه تطليقة واحدة من التمليك ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن سعيد بن سليمان بن زيد بن ثابت عن خارجة ابن زيد بن ثابت أنه أخبره انه كان جالساً عند زيد بن ثابت فأتاه محمد بن أبي عتيق وعيناه تدمعان فقال له زيد ما شأنك فقال ملكت امرأتي أمرها ففارقتني فقال له زيد وما حملك على ذلك قال القدر فقال زيد ارتجعها ان شئت فانما هي واحدة وأنت أملك بها * وحدثني عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرها فقالت أنت الطلاق فسكت ثم قالت أنت الطلاق فقال بفيك الحجر ثم قالت أنت الطلاق فقال بفيك الحجر فاختصما الى مروان بن الحكم فاستحلفه ما ملكها الا واحدة وردها اليه قال مالك قال عبد الرحمن فكان القاسم يعجبه هذا القضاء ويراه أحسن ما سمع في ذلك قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك وأحبه الي

ولا يجهل فكأنما سكتت بالقبول ووجه ذلك ان ظاهر هذا الفعل القبول للتمليك أثر الطلاق وأقل ما يحمل عليه القبول للتمليك قال عبد الملك فان قالت بعد ذلك أردت البتة ألا ترى اني قد خمرت رأسي وفعلت ما تفعله المحرمة فان له أن ينا كرها و يحلف انه ما ملكها الا واحدة وفي المجموعة عن ابن القاسم لا ينوي الزوج ووجه ذلك أن ظاهر فعلها البينونة فترك الانكار عليها في المجلس يقتضي الرضا بالثلاث وقيل عليه أن يحلف يمينا أخرى لانه لم يظن ان انتقالها أو ما فعلت يكون طلاقا بائنا وهو مقتضى قول ابن الماجشون وسحنون وأصبغ ان ذلك يلزمه مع يمينه انه لم يملك الا واحدة وقال ابن المواز يمين واحدة تجزئه لجميع ذلك فيها وهذا ليس بخلاف في الظاهر (فرع) فان فعلت هذا من تخمير الرأس ونقل الثياب ثم قالت لم أرد به طلاقا ففي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن أبي وهب ان لم تكن اختارت فلا شيء لها (مسئلة) فان لم تفعل شيأ أو فعلت ما لا يستدل به على الطلاق كالأكل والشرب ففي كتاب محمد اذا لم تفعل ما يستدل به على الفراق ثم قالت أردت الفراق ونوته في المجلس لم يقبل قولها وقد اختلف فيه قول مالك فقوله القديم انما لها ذلك ما داما في مجلسهما فاذا قاما من مجلسهما قبل أن تقضي شيأ بعد بطل التمليك ثم رجع عن ذلك وقال لها ذلك ولا يزيل التمليك عنها الا أن يمكن من الاستمتاع أو يوقفها السلطان فتطلق أو ترد قال ابن القاسم وقوله الأول أحب الي وجه القول الأول اما أن يكون توكيلا فله الرجوع عنه متى شاء لان عقد التوكيل غير لازم فله الرجوع عنه متى شاء وان كان هبة فهو عقد لازم فليس له الرجوع عنه ما داما في المجلس لانه وقت للقبول ومتى قاما من المجلس فقد تركت القبول فبطل ما كان لها من ذلك وهذا أشبه لانه لو كان حكمه حكم التوكيل لوجب أن يبطله باثر التمليك ولا خلاف نعلمه بين الفقهاء انه ليس له ذلك باثر تمليكه وانما اختلف الفقهاء في جواز رجوعه عن ذلك بعد وقت يمكنها فيه القبول ولم يظهر القبول ونحن انما نقول له ذلك ما لم يقوما والى هذا ذهب الشافعي ورواه ابن وهب عن مالك في المبسوط ووجهه ما تقدم ووجه القول الثاني وهو اختيار أبي علي بن خيران انه طلاق معلق بصفة فليس له الرجوع عنه كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق (فرع) فاذا قلنا بالقول الاول ليس لها ذلك الا ما داما في المجلس فانه لا يبطل ذلك بانقضاء وقت من يمكنها فيه اختيار الطلاق فلا يظهره وانما لها ذلك بمقدار ما جرت به العادة من الجلوس والارتياء في الأمر والنظر فيه لما قدمنا ان حكمه حكم الهبة ان وهبها ما كان في يده من ايقاع الطلاق فان طال المجلس جدا وخرج عن المعتاد في ذلك ففي المدونة من قول مالك انه اذا طال المجلس عامة النهار فعلم انهما قد تركا ذلك وخرجا مما كانا فيه الى غيره فقد بطل التمليك وقال أشهب ذلك بيدها وان أقاما في المجلس وجه القول الاول ان مجلس التعارض والأخذ في مثل هذا معتاد فاذا طال المجلس وزاد على ذلك الزيادة البينة التي يعلم بها الخروج عن هذا الأمر وترك النظر فيه بطل ما لها من القبول كما لو قامت من المجلس ووجه الرواية الثانية ما احتج به أشهب من حديث ابن عمر ان ذلك لها ما داما في المجلس ولان المجلس وان طال فانها على الصفة التي أبيح فيها الارتياء لم تنتقل عنها وقد يحتاج هذا من النظر والارتياء الى ما يزيد على مقدار المجلس المعتاد (فرع) فاذا قلنا ان لها ذلك في المجلس ما لم يخرجا عما كانا فيه ويظهر تركه فان معنى ذلك الترك أن يأخذا في كلام غيره وأما ان تمتشط أو تسكت أو تعمل عملا فان ذلك لا يكون قطعا لخيارها رواه ابن سحنون عن أبيه وهذه مسئلة فيها نظر لان الترك لما كانا فيه قد يكون بالأعمال والنوم وطول المجلس المفرط الذي يظهر به الترك لما كانا فيه كما يكون بالأخذ في كلام

غيره (فرع) وهذا اذا لم تجاوب بشيء عن التمليك فاما اذا جاوبت فقالت قبلت أمرى فعلى القول الاول انما ذلك مختص بالمجلس قال مالك يكون ذلك بيدها حتى توقف أو تمكن من نفسها لان قولها قد قبلت أمرى ان أرادت به الطلاق فقد قضت و يلزم ما قضت به الا أن ينا كرها فيما زادت على الواحدة وان قالت أردت به قبلت ما جعل الى من التمليك ولم أرد به الطلاق فقد قبلت ما وهبته بالمجلس فجاز أن يوقع الطلاق أو يتركه بعد المجلس لان قبولها للهبة قد وجد منها فتمت الهبة بالقبول فى المجلس (فرع) فان قالت قبلت أمرى فى المجلس ولم تفسر ذلك حتى حاضت ثلاث حيض أو وضعت حملها ثم قالت أردت بذلك طلقة واحدة قبل قولها بغير يمين ولا رجعة للزوج عليها قاله فى النوادر ومعنى ذلك ان قولها قبلت أمرى يحتمل الطلاق فاذا فسرته بالطلاق قبل ذلك منها ولم يكن عليها يمين كما لو فسرته به فى العدة واذا كان تفسيرها بعد العدة فقد انقضى وقت الرجعة والزوج ضيع حقه حين لم يواقفها و يستفسر قولها قبل العدة و رضى بانقضاء العدة وانقطاع مدة الرجعة لانه لم يرتجع فى مدة العدة (فرع) فان قالت بعد ان وطئها أردت بذلك الطلاق ففى المجموعة عن ابن القاسم لا تصدق لانه قد زال ما بيدها وانما يصدق قولها ما دام التمليك بيدها وامكانها اياه من نفسها دليل على انها لم ترد الطلاق فلا يجوز لها أن تدعى الآن غيره ولو كانت خالعته بعد قولها ملكت أمرى صدقت بعد ذلك انها أرادت الطلاق لان فعلها لا ينافى ما تفسر به الآن و يناكرها ان زادت على الواحدة ورواه عيسى عن ابن القاسم (فرع) فاذا قالت أردت الارتياء والنظر صدقت فان زادت الآن فلا شيء عليه وان طلقت واحدة كان له الرجعة وان زادت على ذلك كان له المناكرة (مسئلة) ولو ملك رجل أمر امرأته رجلا ثم أراد الرجوع فيه ففى المبسوط عن مالك ليس له ذلك وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن قال لختنته اذا تكاريت لابنتك وخرجت من القرية فأمرها بيدك فتكارت بها لتخرجها فابى و بدا لها قال ذلك له ولا شيء عليه * قال القاضى أبو الوليد ومعنى ذلك عندى ان له الرجوع فى سبب التمليك وهو بان يمنع أمها الخروج بها ولو أخرجتها لم يكن له الرجوع فى التمليك والله أعلم وقد قال القاضى أبو محمد وهو مما انفرد به لا نعلمه لغيره ان للرجل أن يجعل الى المرأة طلاقها وذلك على وجهين أحدهما أن يوكلها والآخر أن يملكها على التوكيل به أن يرجع ما لم تطلق نفسها وفى التمليك ليس له ذلك الا أن يبطل تمليكها وقال فى المعونة اذا ملك الرجل امرأته طلاقها فهو على وجهين أحدهما التمليك والثانى التوكيل (فرع) فان قال لها أمرك بيدك الى شهر أو الى أجل يسميه ففى المدنية من رواية محمد عن يحيى السبائى عن مالك لا يجوز أن يجعل الرجل الخيار لامرأته فى نفسها الى أجل بعيد يسميه الا أن يكون ذلك اليوم وما أشبهه و يوقف عن امرأته فى اليوم وشبهه حتى يرجع ذلك اليه أو يفارق فان فعل ففى المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم انه اختلف فيه قوله مرة قال ان لم يقض ساعتين فلا خيار لها منها لاجل أو بعد وقد قال ذلك لها ما لم يطأها و يوقف والتوجيه فيه على ما تقدم (فرع) وان جعل أمر امرأته بيد رجل فقد روى ابن وهب عن مالك فى المبسوط انما ذلك له ما داما فى المجلس فان افترقا قبل أن تقضى فقد كان مالك يقول ليس له ذلك بعد التفرق من المجلس ثم رجع فقال أرى له ذلك ما لم ترفعه الى السلطان أو توطأ وقرن ذلك بتمليك المرأة فجعل فيها القولين على ما فى تمليك المرأة وقد تقدم فى توجيه ذلك انه يحتمل أن يكون كالطلاق المعلق بصفة قال القاضى أبو محمد وهو توكيل وقال أيضا ان حكمه مختص به و يخالف سائر حكم التوكيل فاذا قلنا انه طلاق معلق بصفة فانه

يخالف تعليقه بدخول الدار أو أكل الطعام أو لباس الثوب فان تعليقه باحدهذه الصفات يتأبد وتعليقه على وجه تمليك الزوج أو الأجنبي لا يتأبد وانما يختص بالمجلس على أحد القولين وعلى القول الثاني لها اسقاط ذلك بتمكينه من الاستمتاع أو رد ذلك واذا قلنا انه بمنزلة التوكيل فانه يخالف التوكيل فان التوكيل عقد جديد له رده في المجلس قبل ابقاء ما وكل عليه واذا قلنا انه تمليك يخالف حكم التوكيل فانه يلزم أن يبين معناه ويميز بينه وبين التوكيل * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي في ذلك ان التمليك انما هو لها في ايقاع الطلاق وتعليقه باختياره ومشيئته ومعنى التوكيل الاستنابة له في ايقاعه دون تعليق ذلك بمشيئته واختياره وقد بسطت القول في سنن هذه الوجوه وتعليلها في شرح المدونة بما يغني الناظر فيه ان شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا اذا كان مخاطبا لها بالطلاق فان أرسل به اليها فلم تجب بشيء حتى انصرف عنها الرسول فقد روى ابن المواز عن مالك ذلك بيدها وليس بحضور الزوج الا أن يتطاول الزمان ويظهر من أفعالها ما تفعله الراضية بالزوج وليس هذا بمنزلة المشافهة بالتخيير لان مشافهة الزوج لها بذلك تقتضي الجواب وقد يرسل اليها بما لا ينتظر عنه جوابا * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وفي هذا عندي نظر فان اخبار الرسول لها بالتمليك كاخبار الزوج وقد يخبرها الزوج بالتمليك ولا يقتضي بذلك جوابا كالرسول وانما يتعلق بذلك انها قد تؤخر الجواب لتوصله الى الزوج مع غير الرسول كما تريد أن تؤخره عن الزوج حتى ترسل به اليه والصواب عندي ان توجيه القولين على ما في تمليك الزوج (مسئلة) وهذا كله اذا قال لها أمرك بيدك وأما ان قال لها أمرك بيدك ان شئت أو اذا شئت ففي كتاب ابن المواز ذلك كله واحد وذلك بيدها وان افترقا من المجلس قبل أن يقيد ذلك بجواب وضعف هذا أصبغ في ان شئت

(فصل) وقوله لما قالت له أنت الطلاق في الثانية بفيك الحجر انكار للطلقة الثانية وانما سكت في الاولى لان تمليكه يقتضيها فلما زادت على ما اعتقد من الطلاق أنكر ذلك عليها فهذا حكم المناكرة أن يكون متصلا بقولها على ما يجوز أن يكون جوابا لقولها قاله مالك في المبسوط وجه ذلك انه انما يخبر بانكاره عما اعتقده حين التمليك فلا يحتاج الى ارتياء ولا نظر فاذا لم يجاوبها بالانكار وسكت فقد رضي بما أوقعته من الطلاق أو كان سكوته بمعنى الاقرار منه ان ذلك هو الذي ملكها فلذلك لم يجز أن يتأخر انكاره عن قولها قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن ليس منا كرة بعد المجلس ولا يدخل في ذلك من اختلاف قول مالك ما روى عنه في التمليك لها أن تقضي بعد المجلس ما لم يوقف أو تمكن من نفسها والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا كان حاضرا معها مخاطبا لها وان كان أنفذ اليها بالتمليك فاذا بلغه انها قد زادت على طلقة ففي المبسوط عن مالك انما يكون ذلك عند ما يبلغه أنها قضت بأكثر من واحدة فان صمت لزمه ما قالت ووجه ذلك ما تقدم

(فصل) وقوله في الثالثة بفيك الحجر انكار لها أيضا فاختصما في ذلك الى مروان بن الحكم فاستحلفه ما ملكها الا واحدة وردها اليه يريد انها كانت رجعية فجعل له أن يرتجعها فتكون عنده على ما بقي من طلاقها فكان القاسم بن محمد يعجبه هذا القضاء لما فيه من وجه الصواب ويراه أحسن ما سمع فيه من قول من يجعل اليها ايقاع الثلاث وقول من يجعل واحدة بائنة وأما قول من حدث بعد ذلك انه لا يكون تمليكا حتى يقول أردت به الطلاق فانه خارج عن تلك الأقوال التي اختارمنها وبالله التوفيق

﴿ مالايبين من التمليك ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين انها خطبت على عبد الرحمن ابن أبي بكر قريبة بنت أبي أمية فزوجوه ثم انهم عتبوا على عبد الرحمن وقالوا ما زوجنا الا عائشة فأرسلت عائشة الى عبد الرحمن فذكرت ذلك له فجعل أمر قريبة بيدها فاختارت زوجها فلم يكن ذلك طلاقا ﴾ ش قوله انها خطبت قريبة بنت أبي أمية على عبد الرحمن فزوجوها منه ثم انهم عتبوا عليه في أمر يريد انهم وجدوا عليه في أمر خالفهم فيه فقالوا ما زوجنا الا عائشة يريد انهم انما وثقوا بفضلها وانها لاترضى لهم بأذى ولا تسوغ أخاها الاضرار بهم في وليتهم فأرسلت عائشة بذلك الى عبد الرحمن لعلها أرادت أن تصرفه وتستنزله عن المعنى الذى عتبوا عليه من أجله ولعله كان نكاحا عليها أو تسريا أو إيثارا

(فصل) وقوله فجعل عبد الرحمن أمر قريبة بيدها يريد ملكها أن تبقى عنده على الأمر الذى عتبوا عليه من أجله أو تطلق نفسها ان شاءت وفي ذلك ازالة ملامتهم عن عائشة فاختارت قريبة وهي المملكة زوجها فلم يكن ذلك طلاقا يريد انه لم يحكم به علماؤنا ولا أفتاها به من كان يفتى في الوقت ولا رآه منهم من كان من أهل الاجتهاد كعائشة وغيرها وعلى هذا الجمهور ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلى يصنع هذا به ومثلى يفتات عليه فكلمت عائشة المنذر بن الزبير فقال المنذر فان ذلك بيد عبد الرحمن فقال عبد الرحمن ما كنت لأرد أمرا قضيته فقرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا ﴾ ش قوله ان عائشة زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام يحتمل أمرين أحدهما انها باشرت عقدة النكاح ورواه ابن مزين عن عيسى بن دينار قال وليس عليه العمل يريد عمل أهل المدينة حين كان بها عيسى لان مالكا وفقهاء المدينة لايجوزون نكاحا عقدته امرأة ويفسخ قبل البناء وبعده على كل حال والوجه الثانى انها قدرت المهر وأحوال النكاح وتولى العقد أحد من عصبتها ونسب العقد الى عائشة لما كان تقريره اليها وقد روى عن عائشة انها كانت تقرر أمر النكاح ثم تقول اعقدوا فان النساء لايعقدن النكاح وهذا هو المعروف من أقوال الصحابة ان المرأة لايصح أن تعقد نكاحا لنفسها ولا لامرأة غيرها وقد تقدم الكلام في ذلك (مسئلة) وأما عقد نكاح حفصة وأبوها غائب وهي بكر فان مذهب مالك انه لايجوز أن يعقد نكاح بكر ذات أب غير أبيها وان كان غائبا الا أن يكون قد غاب غيبة انقطاع قال ابن حبيب عن مالك لاترجى رجعته وفي المدونة مثل من يخرج من مصر غازيا الى الأندلس وافريقية أو طنجة فهذه تزوج قاله ابن القاسم ورواه على بن زياد عن مالك قال القاضى أبو محمد اذا كان استئذانه يتعذر وهي عانس بالغ وقال عبد الملك لاتزوج حياة الاب وفي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن وهب انه اذا قطع نفقته عنها وأطال غيبته زوجت وان جرت عليها نفقة الأب لم تزوج الا باذنه ولأبي العباس الأبيانى في حد البعد في العتبية أن تكون في موضع لاينفذ فيه حكم الابنة فان كان بموضع ينفذ فيه كتبه لم تزوج عليه قال القاضى أبو محمد فوجه قول مالك ان غيبة الأب اذا طالت وانقطع عنها أضر ذلك بها فجرى مجرى عضلها ولو كان الأب حاضرا وعضلها وعلم انه يقصد الاضرار بها زوجها عليه الحاكم

﴿ مالايبين من التمليك ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها خطبت على عبد الرحمن بن أبي بكر قريبة بنت أبي أمية فزوجوه ثم إنهم عتبوا على عبد الرحمن وقالوا ما زوجنا الا عائشة فأرسلت عائشة الى عبد الرحمن فذكرت ذلك له فجعل أمر قريبة بيدها فاختارت زوجها فلم يكن ذلك طلاقا * وحدثنى عن مالك عن عبد الرحمن ابن القاسم عن أبيه أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم زوجت حفصة بنت عبد الرحمن المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلى يصنع هذا به ومثلى يفتات عليه فكلمت عائشة المنذر ابن الزبير فقال المنذر فان ذلك بيد عبد الرحمن فقال عبد الرحمن ما كنت لارد أمرا قضيته فقرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا

فكذلك مع طول الغيبة ووجه قول عبد الملك ان الولاية باقية للاب لا تسقط بغيبته فلم يكن لغيره أن يزوجها ووجه قول ابن وهب ان المراعى فى ذلك ازالة الضرر عنها وهذا موجود مع انقطاع النفقة ومعدوم مع ادامتها فاما أن تكون عائشة رأت غير هذا واما أن يكون معناه أن عبد الرحمن قد كان وكل من يعقد هذا النكاح فعقد على أدنى من المهر الذى كان يعتقد هو أن يبذل لمثله أو وكل من يعقده على الاطلاق دون تعيين الا أنه ظن أن ذلك يقوم له مقام التعيين وذلك ان البكر ذات الأب أو الوصى ليس لها أن ترضى بأقل من مهر مثلها وأما الثيب ففى المدونة لا يجوز لها ذلك وقيل ان ذلك جائز لها ويحتمل أن يكون لم يعين الزوج وظن أنه يعدل به عن مثل المنذر الى مثل عروة أو عبد الله ممن كان أفضل من المنذر فلذلك أنكر أن يصنع به مثل هذا أو يفتات عليه ولذلك احتاج المنذر أن يجعل الامر بيده ولو لم يكن النكاح لازما لما احتاج الى ذلك ولو كان النكاح فاسدا لا يجوز أن يقر عليه * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله ويحتمل عندى أن يكون العاقد لنكاح حفصة بنت عبد الرحمن أخوه أو ابنه ان كان قائما بامره ففى المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم فى الرجل يزوج أخته البكر وأبوه غائب ان كان القائم بأمره فأجازه أبوه جاز وان كانت ثيبا جاز على كل حال وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن نافع فى الرجل يكون الناظر فى عيال أخيه أو أبيه والقائم له فى حوائجه المفاوض له فى أموره فتغيب الأب فتزوج ابنته أو أمته بوجه الصحة والنظر لهن اذا أجازه الغائب اذا قدم جاز وثبت ونحوه فى المدونة عن مالك الا أنه لم يذكر الغيبة وانما جاز أن يجوزه الأب بعد طول الغيبة لانه موقوف على الفسخ والله أعلم فعلى هذا ان كان عاقد نكاح حفصة ابنا لعبد الرحمن أو أخا له ان كان فى حياة محمد بن أبى بكر أو غيره من عصبتها ممن كان القائم بأمره والناظر له فانه مما يجوز اذا أجازه عبد الرحمن وقد قال ابن القاسم فى المدونة الأخ والجد فى ذلك بمنزلة الأب قال محمد بن المواز كما زوجت عائشة بنت أخيها فرضى قال مالك وذلك لمكانها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد وكلت عائشة رجلا على العقد وهذا اذا كانت بكرا فان كانت ثيبا فذلك جائز لازم وان لم يجوزه عبد الرحمن والله أعلم

(فصل) وقوله فكلمت عائشة المنذر فى ذلك يريد انها أعلمته انه سخط بعض الامر فجعل الامر اليه ليزيل عن عائشة رضى الله عنها لوم عبد الرحمن لأجل ذلك الافتيات عليه فامتنع عبد الرحمن من ابطال النكاح تسليما لما رأته عائشة واختارته وقوله ما كنت لارد أمرا قضيته على ما تقدم من اضافة الامر اليها لما كان منها من توليه وتقريره ص ﴿ مالك انه بلغه ان عبد الله بن عمر وأبا هريرة سئلا عن الرجل يملك امرأته أمرها فترد ذلك اليه ولا تقضى فيه شيأ فقالا ليس ذلك بطلاق * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه قال اذا ملك الرجل امرأته أمرها فلم تفارقه وقرت عنده فليس ذلك بطلاق ﴾ ش كرر مالك رحمه الله فى هذه المسئلة القول وكثر من الآثار لمخالفة ربيعة فى ذلك يذكر ان رد المملكة التمليك لا يقتضى طلاقا قال ولا يوجبه ولو أوجبه لكان نفى التمليك يقتضيه ولما وجب أن تسئل المرأة بعد ذلك ولا يقتضى منها قبول ولا رد وترك فى هذه الآثار حكم الساكتة التى لم تقبل ولم ترد وقد بينا فيه من القول ما يغنى عن اعادته ص ﴿ قال مالك فى المملكة اذا ملكها زوجها أمرها ثم افترقا ولم تقبل من ذلك شيأ فليس بيدها من ذلك شئ وهو لها ما داما فى مجلسهما ﴾ ش قوله انهما اذا افترقا ولم تقبل فليس بيدها من ذلك شئ هذا قوله الأول واختاره ابن القاسم وقد رجع عن هذا القول الى أن لها ذلك و يوقفها السلطان قال أشهب وانما قال ذلك القول

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عمر وأبا هريرة سئلا عن الرجل يملك امرأته أمرها فترد ذلك اليه ولا تقضى فيه شيأ فقالا ليس ذلك بطلاق * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد ابن المسيب أنه قال اذا ملك الرجل امرأته أمرها فلم تفارقه وقرت عنده فليس ذلك بطلاق * قال مالك فى المملكة اذا ملكها زوجها أمرها ثم افترقا ولم تقبل من ذلك شيأ فليس بيدها من ذلك شئ وهو لها ما داما فى مجلسهما

مرة ثم رجع الى أن لها ذلك وثبت عليه وقد روى يحيى بن يحيى القول الأول فى الموطأ وهو من آخر من روى عنه وهذا يدل على ان مالكا كان يترجح فيه فى أوقات الفتوى وأبقى فى موطئه قوله الأول فلم يغيره (مسئلة) فان اختلفا بعد القيام من المجلس فقالت الزوجة قد قضيت بالطلاق وقال الزوج ملكتك ولم تقض شيأ ففى المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك ان القول قولها حين أقر لها بالتمليك وهذا مبنى على أن لا خيار لها بعد المجلس لكنه اذا أقر لها بالتمليك لم يكن له ابطاله بدعوى انها لم تقض بالطلاق كالاجنبي يوكله على الطلاق ثم يدعى انه لم يطلق وأما على القول بأنه لا يحتاج أن يدعى القضاء فى المجلس لان لها أن تقضى الآن بالطلاق الآن يدعى عليها الرد فان ادعى عليها الرد كان القول قولها والله أعلم

﴿ الايلاء ﴾

ص ﴿ مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على بن أبى طالب انه كان يقول اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليها طلاق وان مضت الاربعة الاشهر حتى يوقف فاما أن يطلق واما أن يفئ * قال مالك وذلك الامر عندنا * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول أيما رجل آلى من امرأته فانه اذا مضت الاربعة الأشهر وقف حتى يطلق أو يفئ ولا يقع عليه طلاق اذا مضت الاربعة الأشهر حتى يوقف ﴾ ش قال ابن الماجشون فى المبسوط الايلاء اليمين فمن حلف فقد آلى * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهذا كما قال ان الايلاء فى اللغة هو اليمين وقال أبو اسحاق الزجاج يقال آليت أولى ايلاء وألية وقال المفضل الايلاء اليمين يقال آلى يولى ايلاء والاسم الألية ولذلك قال الشاعر

قليل الألايا حافظ ليمينه * وان ندرت منه الألية برت

وقال الأعشى فى القصيدة التى مدح بها النبى صلى الله عليه وسلم

فآليت لا أرثى لها من كلالة * ولا من وجى حتى تلاقى محمدا
نبى يرى مالا يرون وذكره * أغار لعمرى فى البلاد وأنجدا

معناه أقسمت الا انه مستعمل فى الشرع فى القسم على الامتناع من وطء الزوجة قال الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فقال تعالى يؤلون من نسائهم وتقديره والله أعلم يقسمون على الامتناع من نسائهم لانه لا يقال آليت من كذا وانما يقال آليت على كذا وآليت لأفعلن كذا ولا فعلت كذا لكنه لما كان معناه آلى ليمتنعن من امرأته وكثر استعماله حذف ذلك لدلالة الكلام عليه وقيل آلى من امرأته حكى هذا الفضل بن مسلمة عن بعض النحاة وقال الفراء ان من هنا بمعنى على أى يؤلون على نسائهم

(فصل) وقوله اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه طلاق وان مضت أربعة أشهر حتى يوقف المشهور من مذهب على رضى الله عنه أن الايلاء انما يكون فى الغضب دون الرضا وانه اذا حلف فى الرضا لم يكن موليا والذى عليه جمهور الفقهاء انه يكون موليا لانه حلف بيمين تلزم على الامتناع من وطء زوجته أزيد من أربعة أشهر بحال الغضب ولان للزوجة حقا فى الوطء فليس له أن يحلف على الامتناع به (مسئلة) وهذا اذا كان ممن يستطيع الوطء وكانت الزوجة لها حق فى الوطء فان كان ممن لا يستطيع الجماع كالشيخ الكبير ففى المبسوط عن ابن القاسم لم يسمع من مالك فى ذلك شيء ورأيه انه [illegible] وانما الايلاء على من يستطيع الجماع وأما من لا يستطيعه فلا يلزمه حكم

﴿ الايلاء ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على بن أبى طالب أنه كان يقول اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليها طلاق وان مضت الاربعة الاشهر حتى يوقف فاما أن يطلق واما أن يفئ قال مالك وذلك الأمر عندنا * وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول أيما رجل آلى من امرأته فانه اذا مضت الاربعة الاشهر وقف حتى يطلق أو يفئ ولا يقع عليه طلاق اذا مضت الاربعة الاشهر حتى يوقف

الايلاء كالخصي وكالذي يقطع ذكره بعد الايلاء فليس على واحد منهم توقيت وروى ابن حبيب عن أصبغ انه قال في الخصي ان ايلاءه لازم و يوقت على سنة أجل الايلاء لان لها منفعة يلتذ بها من مباشرة وغيرها (مسئلة) واذا آلى الصبي الذي لم يبلغ الحلم فلا يلزمه الآن ولا بعد البلوغ وليس بمول ووجه ذلك أن الايلاء يمين والأيمان لا تنعقد منه قال ابن القاسم في المبسوط وكذلك من آلى من صغيرة فلا شيء عليه حتى تبلغ حد الوطء فمن يومئذ يكون أجل الايلاء عليه لان هذا الحالف كبير يلزمه اليمين وانما سقط عنه حكم الايلاء والتوقيت لما حلف على من لا حق لها في الاستمتاع فلما بلغت حد الوطء وصار لها حق فيه لزمت اليمين المتقدمة وكان أجل الايلاء من يوم ثبت لها في الوطء حق والله أعلم

(باب الايلاء يثبت حكمه بكل يمين يجب على الحالف بها شيء كالحالف بالله أو بصفة من صفاته)

قال ابن المواز مثل أن يحلف بسلطان الله أو بقدرته أو بذمته أو برحمته أو بنوره أو بحمده أو شأنه زاد في المبسوط عن ابن الماجشون أو عظمته وعن ابن القاسم أو بجلال الله أو بشيء من صفاته ووجه ذلك ان هذه أيمان تلزم بها الكفارة فثبت بها حكم الايلاء كقوله لا والله وبلى والله (مسئلة) فان قال أقسم بالله أو أشهد بالله أو أعزم بالله ففي المبسوط عن عبد الملك يكون موليا وهذا مما لا خلاف فيه لانها يمين بالله فان قال أحلف أو أقسم أو أشهد أو أعزم ولم يقل بالله قال لا يدخل عليه به ايلاء الا أن يكون أراد بالله ونواه فيكون يمينا ويكون موليا في المدونة والمبسوط وقال ابن القاسم عن مالك أشهد ولعمري ليس بيمين الا أن يريد بالله فيكون موليا قال ابن القاسم وأعزم وأعزم على نفسي عندي مثل قوله أقسم والذي في المدونة أن مالكا قال فيمن يقول أشهد أن لا أكلم فلانا لا شيء عليه قال ابن القاسم الا أن يريد بذلك أشهد بالله فيكون يمينا وكذلك قال مالك في القائل أقسمت أن لا أكلم فلانا قال ابن القاسم وكذلك أحلف أن لا أكلم فلانا يمين قال وليس قوله أعزم أن لا أكلم فلانا يمين فان قال أعزم بالله فلا أشك انها يمين فان قال أعزم عليك بالله فليست بيمين وهو عندي بمنزلة قولك أسألك بالله لتفعلن كذا فلم يفعل فلا شيء عليه (مسئلة) وكذلك ان قال علي عهد الله وميثاقه أو قال علي ذمة الله أو قال علي نذر ذلك كله عن ابن القاسم في المبسوط ووجهه ما قدمناه (مسئلة) فان حلف بالصيام أن لا يطأ امرأته فقال ان وطئتك فعلي صيام شهر أو سنة فهو مول وهكذا على ما يلزمه من حج أو طلاق أو عتق وهو أحد قولي الشافعي وقال في الجديد لا يكون موليا الا باليمين بالله تعالى والدليل على ما نقوله قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ولم يفرق ودليلنا من جهة القياس ان هذه يمين لزمه بها حكم فثبت بها حكم الايلاء أصل ذلك اليمين بالله (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال في المبسوط من رواية ابن القاسم عن مالك ان آلى منها بصيام فهو مول ومعنى ذلك بصيام غير معين ولم يعين قلته من كثرته وهذا يدل على انه اذا آلى منها بصيام يوم واحد انه يكون موليا (فرع) فان قال ان جامعتك فعلي صوم هذا الشهر الذي أنا فيه أو شهر بينه وبين آخر أربعة أشهر فأقل فانه ليس بمول حتى يكون بينه وبين آخره أكثر من أربعة أشهر قاله ابن المواز وأكثره في المبسوط (مسئلة) ومن آلى من امرأته بالصلاة ان وطئتك فعلي أن أصلي مائة ركعة قال ابن القاسم في المبسوط هو مول زاد في المدونة عن مالك أو آلى بحج أو عمرة أو هدي أو عتق (مسئلة) ومن آلى بصدقة أو عتق عبد معين أو غير معين فان كان عبدا معينا ولم يكن في ملكه فلا شيء عليه وان كان في ملكه لزمه الايلاء فان باعه زال عنه ووجه

ذلك أن اليمين انما تعلقت بعين العبد فلما باعه أو وهبه لم يبق لليمين تعلق فبطل حكمها وصارت الزوجة غير مولى منها (فرع) فان استرجع العبد بشراء فى تفليس أو غيره فقد روى ابن المواز انه قال لا تعود عليه اليمين وقال ابن القاسم تعود عليه اليمين وقاله مالك فى المبسوط وقال ابن الماجشون فى المبسوط ان عاد اليه العبد بميراث أو اشتراه فى فلس ممن كان عنده أو باعه السلطان على الحالف فى فلس ثم اشتراه لم يرجع عليه الايلاء ويرجع عليه ان باعه باختياره ثم اشتراه ببيع البائع له باختياره لبعد هذه الوجوه من التهمة ووجه القول الاول ان ذلك الملك قد زال ببيعه فلا يعود حكمه بالرجوع اليه كما لو آلى بطلاق امرأة آخر ثلاثا فطلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج فان الايلاء لا يعود عليه ووجه القول الثانى أن خروج العبد من ملكه ورجوعه اليه بمنزلة تطليقة التى حلف بطلاقها واحدة ثم يتزوجها قبل زوج أو بعده فان الايلاء يعود عليه والوجه الأول أظهر لان الطلاق الذى بقى فيها بعد ارتجاعها انما هو من حكم النكاح الذى حلف له وملكه للعبد بعد ان باعه ليس من حكم الابتياع الأول وانما هو حكم يثبت بالابتياع الثانى كما لو طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج فان ما ثبت له فيها من طلاق انما يثبت بالنكاح الثانى فلذلك لم يتعلق به الايلاء المتقدم عليه والله أعلم (فرع) فان كان العتق فى غير معين فقال ان وطئتك فعلى عتق عبيدى فهو مول فان قال ان وطئتك فكل مملوك أملكه مما استقبل حر فقد قال مالك فى المبسوط لا يعتق عليه شئ ممن يشتريه بعد يمينه وهذا يقتضى أن يكون موليا وقد تقدم تعليله فى الايمان والنذر (فرع) فان قال ان وطئتك فكل عبد اشتريه من الفسطاط حر قال مالك من قال كل عبد اشتريه من الفسطاط حر فانه يلزمه عتق من يشتريه ولكن لا يكون موليا بايلائه بذلك حتى يشترى العبد فاذا اشتراه وقع عليه الايلاء وطئ قبل ذلك أو لم يطأ وقال سحنون قال غيره يكون موليا لان كل من يقع عليه الحنث بالفئ فهو مول وهذا اذا وطئ امرأته ثم اشترى بعد ذلك عبدا من الفسطاط فانه يعتق عليه بالايلاء قال سحنون وقد قال ابن القاسم مثله وجه قول ابن القاسم الأول ان هذا حال لا يلزمه فيها شئ بالحنث فلم يكن موليا أصل ذلك قبل الايلا ووجه القول الثانى ما احتج به سحنون من أن هذه اليمين بها يقع الحنث عليه اذا حنث وهذا يقتضى كونه موليا والله أعلم (مسئلة) ومن آلى بطلاق امرأة فلا يخلو أن يولى بطلاق المولى منها أو بطلاق غيرها فان آلى منها بطلاقها فلا يخلو أن يكون الطلاق الذى حلف به بائنا أو رجعيا فان كان بائنا مثل أن يقول ان وطئتك فأنت طالق طلاقا بائنا فهل يكون موليا أم لا قال مالك هو مول واحتج على ذلك بأنها لو رضيت على البقاء معه دون وطء لم يطلق عليه قال ابن القاسم وكذلك عندى فى كل ما لا يستطاع فعله والبر فيه مثل أن يقول والله لا وطئتك حتى أمس السماء وقال ابن الماجشون فى المبسوط هذا تطلق عليه من ساعته تطليقة واحدة ولا يترك معها الى الأجل لانه ليس ممن يمكنه أن يفئ ولا رجعة له لان رجعته توصله الى الفيئة لان ما زاد من وطئه على مجاوزة الختان حرام فلا يمكن من وطء حرام والله أعلم وقد روى فى المدنية زياد بن جعفر عن مالك اذا قال ان وطئتك الى أجل كذا فأنت طالق بائنا وكان ذلك أجلا طويلا فانه يفرق بينهما اذا قامت به ولا يضرب له أجل الايلاء وهذا مبنى على مذهب ابن الماجشون (فرع) فاذا قلنا انه مول لا يعجل عليه بالطلاق فقد قال مالك يطلق عليه عند الأجل وفى المبسوط قال مالك أيضا ان له أن يحنث فيها بالوطء فتطلق عليه بالبتة فوجه القول الأول ان الفيئة ممنوع فيها وذلك مبنى على ان وطأه محظور ولا يلزمها البقاء معه على الايلاء فوجب أن يقضى عليه بالطلاق ووجه القول الثانى ان هذه

يمين معلقة بشرط فلا يقع الا بوجود ذلك الشرط وهو مبني على أن ذلك الوطء مباح غير ممنوع (فرع) فاذا قلنا له أن يطأ فقد قال ابن القاسم له أن يتمادى حتى تنزل وأحب الي أن لا يفعل فان فعل لم يكن حراما قال أصبغ وذلك مالم يكن عندي حرجا قال أصبغ وذلك مالم يحرج فان أحرج لم تكن العودة قال وقال ابن الماجشون اذا التقى الختانان قطع وجه القول الاول انه على حكم الزوجية المبيحة للوطء قبل الحنث فله أن يولج ولا خلاف أن بالايلاج يقع الحنث الا أن ذلك لا يمنع من الاخراج وهو نوع من الوطء فكذلك باقي الوطء حتى ينزل ووجه آخر ان لفظ الوطء الذي يقع به حنثه ويتعلق به ايلاؤه انما ينطلق غالبا على الوطء التام دون الايلاج ووجه قول ابن الماجشون ان اليمين فعل يتناول أقل أجزائه ويقع الحنث بأيسر جزء منه كما يقع بجميعه وذلك يقتضي أن الايلاج يقع به الحنث وبه يقع الطلاق الثلاث فوجب أن يحرم عليه الباقي من وطئه لانه قد يصادف امرأة قد حرمت عليه بالثلاث (فرع) فان كان حلف بطلاق رجعي كالطلقة والطلقتين لمن له فيها أكثر من ذلك فالذي قاله عبد الملك في المبسوط انه ان أراد أن يطلق وينوي بما زاد من وطئه على التقاء الختانين اللذين يقع به حنثه الرجعة مكناه من ذلك فان أبى من ذلك منع من الوطء لان باقيه بعد الحنث حرام ومقتضى قول ابن القاسم على ما تقدم ان له أن يطأ وانما يحرم عليه استئناف وطء آخر والله أعلم (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون وأبى من الرجعة ببقية وطء فقد قال ابن الماجشون يطلق عليه ولا رجعة له مدخولا بها كانت أو غير مدخول بها قال لانه قد ترك تحقيق رجعته بأن ينوي ببقية وطئه الرجعة وقد كان له في غير المدخول بها أن يمكن من وطئها لان ما يقع به حنثه يكمل له دخوله (مسئلة) فأما ان حلف بالنبي أو الملائكة أو الكعبة أن لا يطأها أو قال هو يهودي أو نصراني أو زان ان وطئها فهذا ليس بمول قاله مالك ومعنى ذلك عندي انه أورده على وجه القسم وأما لو أراد أنه مول بما قاله من ذلك أو من غيره ففي المبسوط أن ابن القاسم سئل عن الرجل يقول لامرأته لا مرحبا يريد بذلك الايلاء فقال قال مالك كل كلام نوى به الطلاق فهو طلاق فهذا والطلاق سواء (مسئلة) فان حلف بالله أن لا يطأها واستثنى فقال ان شاء الله فانه يكون موليا فان وطئها فلا كفارة عليه في رواية ابن القاسم عن مالك وقال ابن الماجشون في المبسوط ليس بمول وجه القول الأول أنه مبني على أن الاستثناء لا يحل اليمين ولكنها تؤثر في اسقاط الكفارة فما كانت يمينه فيه منعقدة لزمه حكم الايلاء وان لم تجب عليه بالمخالفة كفارة ووجه القول الثاني ان الاستثناء يحل اليمين ويجعل الحالف كانه لم يحلف ولذلك لا يجب عليه بالمخالفة كفارة والله أعلم (مسئلة) وان حلف أن لا يجامعها سنة وقال أردت أن لا أساكنها في هذه الدار سنة ففي المبسوط عن ابن القاسم له ذلك وانما يلزمه الايلاء اذا أتى بلفظ يمنع من الوطء وان لم يتناول الوطء فانه لا يكون به موليا فاذا حلف أن لا يلتقي معها سنة وكان هذا يمنع الوطء كان به موليا وهذا اللفظ يحتمل من التأويل ما تحتمل المجامعة فحكمه اذا حلف بالله أن يصدق في كفارة اليمين ويقال له لابد من الخروج عن هذا اللفظ الذي ظاهره الامتناع من الوطء وقد قال مالك فيمن حلف أن لا يطأها فقال لما وقف انما أردت أن لا أطأها بقدمي انه يقال له جامعها حتى يعلم انك تريد الايلاء وأنت في الكفارة أعلم قال ابن القاسم والذي حلف أن لا يجامعها مثله * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي انها ان كانت يمينه بطلاق غيرها أن لا يصدق في ذلك لان ظاهر لفظه يقتضي الجماع والله أعلم (مسئلة) وقوله لم يقع عليه طلاق وان مضت الأربعة الاشهر يريد ان ما زاد على

الأربعة الأشهر فهو مدة الايلاء الشرعي وبه قال الشافعي وروي عن ابن عمر أنه قال كل مدة مقدرة وان طالت فليست بمدة للايلاء الشرعي وانما يكون ايلاء اذا علقه للأبد والدليل على مانقوله قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ولم يفرق بين أن يكون ايلاؤه لمدة مقدرة أو مؤبدة فهو على عمومه وقال أبو حنيفة ان مدة الايلاء أربعة أشهر فاذا فالخلاف بيننا وبينه في الأربعة الأشهر والكلام بيننا وبينه في ذلك مبني على انه بنفس انقضاء المدة عنده يقع عليه طلقة الايلاء وعنده لابد أن يوقف بعد أربعة أشهر وسيأتي ذكره ان شاء الله تعالى (مسئلة) اذا ثبت ان مدة الايلاء أربعة أشهر فان ذلك على ضربين أحدهما أن يكون ايلاء محضا يقتضي المنع من وطئها كقوله والله لا وطئتك أبدا سنة فهذا أول الأربعة الأشهر يوم يمينه والضرب الثاني أن لا يتناول يمينه المنع من الوطء ولكنها تؤدي الى ذلك مثل أن يقول أنت طالق ان لم أكلم فلانا أو ان لم أدخل الدار فهذه اليمين لم تتناول تحريم الوطء ولكنها تفضي الى تحريم الوطء لانه لما كانت صورة حاله بعد اليمين صورة الحانث وجب أن يمنع الوطء حتى يبر بأن يكلم فلانا أو يدخل الدار واذا امتنع من وطئها كان لها المطالبة بذلك لانه ممنوع من وطئها بسبب يمينه فيضرب له أجل الايلاء وأول الأربعة الأشهر من يوم رفعه الى الحاكم فيرى في ذلك ضرب الأجل ويضربه له والله أعلم (مسئلة) ولو حلف وقال أنت طالق ان كلمت فلانا لم يمنع من وطئها ولم يدخل عليه ايلاء لان حاله بعد يمينه حال بر لانه ان تمادى عليه كان بارا أبدا والله أعلم وهذا مذهب علي وجماعة من الصحابة وبه قال الشافعي وحكى أحمد بن المعذل عن ابن الماجشون انه قال قال به مالك وقال به فيما بلغنا بضعة عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة بمضي الأجل تقع عليه طلقة واحدة وروى ذلك عن ابن مسعود والدليل على مانقوله قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم فوجه الدليل من الآية انه عز وجل جعل الأربعة الأشهر حقا للتربص الزوج وما كان حقا له لم يكن محلا للحق الذي عليه وهو الفيئة أو الطلاق كاجل الدين ودليلنا من جهة القياس ان هذا اللفظ لا يقع به ولا ببعضه طلاق معجل فلم يقع به طلاق مؤجل أصل ذلك اذا حلف على الامتناع من وطئها أقل من أربعة أشهر

(فصل) وقوله حتى يوقف فاما أن يفيء واما أن يطلق يقتضي معنيين أحدهما طلب الزوجة له بذلك لانه حق من حقوقها لانها لو رضيت بالمقام معه على مقتضى يمينه لم يكن لأحد عليها في ذلك اعتراض وليس على الامام اذا لم تأته المرأة أن يرسل اليه فيوقفه لعلها أن ترضى بذلك قاله ابن أبي حازم في المدنية (مسئلة) قال أشهب عن مالك وليس هو من ذلك في حل الا أن تترك له ذلك وقالت لا حاجة لي بايقافه فهو حق تركته الا أن لها أن ترجع فيه متى شاءت وان طال الزمان فيوقف لها مكانه وقال أصبغ وتحلف ما كان تركها على التأبيد الا على أن تنتظر ثم يوقف مكانه دون أجل وهذا الذي قاله أصبغ مخالف لقول مالك لان الصبر على الضرر لا يلزم الزوجة اذا كان مما يثبت له الخيار كالرضى بالاثرة (مسئلة) وهذا اذا كانت حرة فان كانت أمة وأرادت الصبر على ترك الوطء فللسيد ايقافه رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية ووجه ذلك ما احتج به أصبغ في ثمانية أبي زيد انه ليس للزوج أن يعزل عنها وان رضيت بذلك الا باذن السيد فتركه جميعا أشد أن لا يكون له ذلك الا باذنه قال أصبغ وان رضي السيد بترك الوطء ولم ترض بذلك الأمة لم يكن لسيدها ذلك وكان لها القيام ومطالبة الزوج وتوقيفه لان لها حقا في ذلك

(فصل) والثانى ان ذلك انما يكون عند الامام أو الحاكم فهو الذى يوقفه ويحكم عليه بما يؤديه اليه اجتهاده فانه حكم مختلف فيه فانما يجتهد فى انفاذه من له ولاية حكم فاذا رأى التوقيف فان توقيفه انما هو ليفىء الى ما كان عليه قبل ايلائه والفيئة الرجوع قال الله تعالى حتى تفىء الى أمر الله أى ترجع أو تطلق ان امتنع من الفيئة لانه ليس له الاضرار وقد روى ان هذه الآية انما نزلت فى المشركين كان الرجل منهم اذا كره المرأة وعنت عليها آلى منها ثم يتركها معلقة لا هى ذات زوج ولا هى مطلقة فتتزوج يريد بذلك الاضرار بها فمنع الله من ذلك وجعل للازواج مدة أربعة أشهر فى تأديب المرأة بالهجر لقوله تعالى واهجروهن فى المضاجع وقد آلى النبى صلى الله عليه وسلم من نسائه شهرا وقد قيل ان الأربعة الأشهر هى المدة التى لا تستطيع ذات الزوج أن تصبر عنه أكثرها وروى ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يطوف ليلة بالمدينة فسمع امرأة تنشد

ألا طال هذا الليل واسود جانبه * وأرقنى اذ لا خليل ألاعبه

فوالله لولا الله تخشى عواقبه * لزعزع من هذا السرير جوانبه

مخافة ربى والحياء يكفنى * وأكرم زوجى أن تنال مراكبه

فلما كان من الغد استدعى عمر تلك المرأة فقال لها أين زوجك فقالت بعثت به الى العراق واستدعى نساء وسألهن عن المرأة كم مقدار ما تصبر المرأة عن زوجها فقلن شهرين ويقل صبرها فى ثلاثة ويفقد صبرها فى أربعة فجعل عمر مدة غزو الرجل أربعة أشهر فاذا مضت أربعة أشهر استرد الغازين ووجه بقوم آخرين وهذا والله أعلم يقوى اختصاص أجل الايلاء بأربعة أشهر (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان لها رفعه ساعة تنقضى الأربعة الأشهر وقد بقى من المدة التى تناولها يمينه لمنع الوطء مدة فروى أشهب عن مالك فى العتبية اذا حل الأجل فرفعته وقف مكانه فاما فاء فى مجلسه ذلك والا طلقت عليه ووجه ذلك ان المدة المضروبة له التى فيها الخيار والارتياء والنظر والمشورة انقضت فليس له أن يزاد أجلا على ما ورد الشرع به لأن ذلك اضرار بالمرأة (مسئلة) وللمرأة بعد التوقيف وامتناعه من الفيئة أن تصبر على ذلك قبل أن تطلق عليه ووجه ذلك أن توقيفها له ليس بطلاق وكذلك امتناعه من الفيئة ليس بطلاق وانما يثبت الخيار للزوجة خاصة فان رضيت المقام على ذلك والا كان لها المطالبة بالفراق

(فصل) وقوله فاما أن يفىء واما أن يطلق عليه يريد أن يفىء الى الوطء الذى حلف على الامتناع منه فان أبى الفيئة حكم عليه بالطلاق سواء كان له عذر مرض أو سجن أو غير ذلك لكن ايثاره بالطلاق يستوفى منه حال العذر فوجب أن يحكم عليه بالطلاق (مسئلة) ومن ذا الذى يوقع الطلاق الظاهر من المذهب أن الحاكم يأمر بايقاع الطلاق فان أوقعه كان على حسب ذلك وان أبى من ايقاعه مع امتناعه من الفيئة فقد قال مالك فى المبسوط ان الامام يلزمه ذلك طائعا أو كارها وروى أحمد بن المعذل عن ابن الماجشون يأمره الامام بطلاقها ان لم يرد الفيئة فان طلق والا طلق عليه الامام (فرع) فان كان به عذر فلم يف فى المدونة يطلق عليه السلطان ووجه ذلك أن ايقاع هذا الطلاق معين عليه من جهة الحاكم لانقضاء أجل الايلاء المقرر بالشرع ولا يمنع ذلك من أن ترثه اذا مات فى عدتها (فرع) فان كانت حائضا ففى المدونة من رواية يحيى بن محمد السبائى عن مالك يطلق عليه ان أبى من الفيئة وان كانت حائضا وروى عن ابن القاسم لا يطلق عليه حال الحيض فى شىء الا فى الايلاء وروى أشهب عن مالك لا يطلق عليه حال الحيض وسيأتى بيان ذلك ان شاء

الله تعالى (مسئلة) فاذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يكون الزوج المولى يوم انقضاء الأجل وقيام الزوجة عليه غائباً أو حاضراً فان كان غائباً غيبة قريبة كتب اليه فى ذلك الموضع ليفىء أو يطلق وان كان غائباً غيبة بعيدة ففى المبسوط عن ابن الماجشون ان كان غائباً بعد انقضاء أجل الايلاء طلق عليه ولا يجعل الامام له أجلاً غير الذى جعل الله له فليس له أن يحتال فى تغيير أجل الله تعالى (فرع) فاذا قلنا ان فى الغيبة القريبة يكتب اليه فيها فان كان بينه و بينها مسيرة شهرين ففى المدونة عن مالك لا ينفذ عليه الطلاق حتى يكتب الى ذلك الموضع فجعل الشهرين فى حيز القرب (مسئلة) وان كان حاضراً وأراد سفراً بعيداً فقد قال ابن القاسم فى العتبية ان أراد السفر قبل محل الاجل بيوم أو يومين وقامت امرأته فى ذلك منعه الامام من السفر حتى يحل الاجل وان أبى عرفه أنه يطلق عليه فان خرج وطلبت المرأة ذلك عند الاجل طلق عليه وان لم ترفع خبره حتى سافر لم تطلق عليه حتى يكتب اليه يفىء أو يطلق وقال ابن كنانة ان كان مقرا بالايلاء لم يحبس واذا حل الاجل طلق عليه وقال أصبغ فى العتبية اذا أراد المولى سفراً بعيداً قيل له وكل من يفىء لك عند الاجل أو يطلق عليك ومن فيئة وكيله أن يكفر (مسئلة) فان كانت حائضاً وأراد الفيئة قبل ذلك منه وعذر بحيضها فى باب الجماع كالمريض رواه عيسى بن دينار عن ابن القاسم وابن كنانة وهو فى المدونة عن مالك (مسئلة) وان كان غائباً غيبة قريبة مما يكتب اليه فيها فقال أنا أريد الفيئة قبل ذلك منه فان كانت يمينه مما تكفر استدل على صحة فيئته بأن يكفر عن يمينه قال مالك ولم تعرف فيئته الا بالكفارة فان كانت يمينه مما لا يمكنه أن يكفرها فى موضعه ذلك قبل منه فى الفيئة حتى يقدم فان وطئ والا طلقت عليه (مسئلة) وان كان حاضراً مقيماً فلا يخلو أن يكون له عذر من سجن أو مرض أو تكون حائضاً أو لا يكون له عذر فان كان عذر من مرض أو سجن ففى المدونة من قول ابن أبى حازم وابن دينار أن حكمه حكم المسافر على حسب ما تقدم فى القريب الغيبة الذى يكاتب و يجيب الى الفيئة وقال ابن الماجشون فى المبسوط لا يوقف و يدعى الى ما لا يقدر عليه ولا يعجل عليه بطلاق ولكنه يمهل ما دام لا يقدر على الفيئة للمرض أو السجن والقول المتقدم مبنى على جواز الكفارة قبل الحنث وقول ابن الماجشون مبنى على منع التكفير قبل الحنث وقد اختلف فى هذا قول مالك (مسئلة) فان كانت حائضاً لم يوقف لها حتى تطهر قاله ابن الماجشون فى المبسوط وقال ابن القاسم وابن كنانة فى المدنية انه يوقف الان فاء فحكمه حكم المريض وقد تقدم توجيه القولين (فرع) فاذا قلنا تجزئه الكفارة قبل الحنث فكانت الرقبة التى حلف بها معينة أو المال الذى حلف بصدقته معيناً فانها تجزئه قاله مالك وابن القاسم (فرع) فان كانت الرقبة غير معينة أو صدقة بقدر من المال غير معين أو كانت يمينه بالله عز وجل فكفر قبل الحنث ففى الموازية عن مالك تجزئه وبعد الحنث أحسن وفى المبسوط عن مالك لا يبرئه ذلك من الايلاء حتى يطأ لأنى أخاف أن يكون كفر عن غيرها وقال محمد بن يزيد فى الاحكام وزوال حكم الايلاء عنه وأما فيما بينه و بين الله فيجزئه أن يكفر قبل الحنث ومعنى ذلك ما قاله مالك رحمه الله تعالى فيما تقدم أنه اذا لم تكن كفارة الايلاء معينة جوزنا عليه قصد الاضرار وان يعتق و يكفر عن معين متقدم وجب عليه ولا يكفر عن ايلائه بل يبقيه اضراراً لها هذا وجه رواية المنع وأما رواية الجواز فانه أقصى ما يمكنه فى ذلك والتهمة فى مثل هذا تبعد لأنه ان كان له عذر فالعذر وحده يمنع تعجيل الطلاق عليه فكيف اذا قارنته الكفارة وان كان لا عذر له طولب بالوطء الذى يصحح كون هذه الكفارة للايلاء والله

أعلم (مسئلة) فان كان مقيما خاليا من عذر فقال أنا أفىء ففاء بلسانه وهو يقدر على الكفارة قال مالك يختبر المرة والمرتين فان فاء والا طلق عليه (مسئلة) فان كان أجل الايلاء مما يضر به الحاكم وانقضى الاجل ولم يفعل ما أدخل عليه الايلاء ففي المدنية من رواية زياد بن جعفر عن مالك اذا انقضى الأجل ولم يقضه حقه فرق بينهما ولا يقبل منه أن يقول غدا أقضيه و بعد غد أقضيه ووجه ذلك أنه أجل للايلاء كالمقدر بالشرع

(فصل) وقوله فاما فاء والا طلق عليه والفيئة للمتمكن من الوطء انما هي بالوطء أو بالكفارة فأما الوطء فلا يجزئه منه وطء في غير الفرج ولا تقبيل ولا ملامسة قاله مالك وقد قال انه ان حلف أن لا يطأ امرأته ولم ينو الفرج فانه يحنث اذا وطئ بين الفخذين ولا خلاف انه اذا أتى بما يحنث به فقد بطلت يمينه واذا بطلت يمينه لم يبق ايلاء وما يمكن أن يتعلق به من أنه أراد الفرج أو لم يرده مصروف الى نيته وهو أعلم بما يجب عليه فيه كفارة فأما فيما بينه وبين الزوجة فلم يخرج عن حكم الايلاء لانه يدعى أنه لم يرد الفرج فلا تقبل نيته في اسقاط حكم الايلاء عن نفسه وتقبل في ايجابه الكفارة على نفسه كما أنها لو كانت يمينه بالله فكفر عن يمينه بزعمه لم يقبل ذلك منه فيما بينه و بين الزوجة و بالله التوفيق

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب أن سعيد بن المسيب وأبا بكر بن عبد الرحمن كانا يقولان في الرجل يولي من امرأته انها اذا مضت الأربعة الأشهر فهي تطليقة ولزوجها عليها الرجعة ما كانت في العدة * مالك انه بلغه ان مروان بن الحكم كان يقضي في الرجل اذا آلى من امرأته انها اذا مضت الأربعة الأشهر فهي تطليقة وله عليها الرجعة ما دامت في عدتها قال مالك وعلى ذلك كان رأى ابن شهاب ﴾ ش أظهر مالك رحمه الله خلاف العلماء لما اختاره من التوقيف بعد الاربعة الأشهر وأورد أقوال العلماء في ذلك بخلاف ما اختاره بان بانقضاء الاربعة الاشهر تقع تطليقة سواء أراد الفيئة بعد ذلك أو لم يردها وهذا فعل مثله من أهل الدين والفضل والتوسع في العلم وذلك يقتضي ما حكى عنه شيوخنا انه وان كان يعتقد ان الحق في أحد القولين الا أنه لا يقطع بان اختياره هو الصواب وانما يعتقد ان ما اختاره هو الصواب كما ان الحاكم يحكم بشهادة الشاهدين وان لم يقطع انهما قد شهدا بالحق لزمه الحكم به والله أعلم ص ﴿ قال مالك في الرجل يولي من امرأته فيوقف فيطلق عند انقضاء الاربعة الأشهر ثم يراجع امرأته انه ان لم يصبها حتى تنقضي عدتها فلا سبيل له اليها ولا رجعة له عليها الا أن يكون له عذر من مرض أو سجن أو ما أشبه ذلك من العذر فان ارتجاعه اياها ثابت عليها فان مضت عدتها ثم تزوجها بعد ذلك فانه ان لم يصبها حتى تنقضي الاربعة الاشهر وقف أيضا فان لم يفيء دخل عليه الطلاق بالايلاء الأول اذا مضت أربعة أشهر ولم يكن له عليها رجعة لانه نكحها ثم طلقها قبل أن يمسها فلا عدة له عليها ولا رجعة ﴾ ش وهذا كما قال ان من وقف بعد أجل الايلاء فيطلق فان له أن يراجع وقال أبو حنيفة طلاق المولي طلقة بائنة والدليل على ما نقوله انه طلاق في المدخول بها عار عن العوض ولم يستوف العدة فوجب أن لا يكون بائنا أصل ذلك سائر الطلاق

(فصل) وقوله ان لم يصبها حتى تنقضي عدتها فلا سبيل اليها ولا رجعة له عليها يريد ان اصابتها شرط في صحة رجعته وقال الشافعي رجعته صحيحة وان لم يصبها والدليل على ما نقوله انه انما طلق عليه لامتناعه من الوطء مع بقاء الايلاء وهذا المعنى موجود في حال الرجعة فاذا كان يهدم النكاح الذي صح وتقرر حكمه وثبت فبان يمنع صحة الرجعة أولى وانما يدعي بالرجعة الفيئة فاذا أكذب نفسه بالامتناع من ذلك مدة العدة بطلت الرجعة ولم يثبت لها حكم (مسئلة) فلو كانت مستحاضة فضت

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب أن سعيد بن المسيب وأبا بكر بن عبد الرحمن كانا يقولان في الرجل يولي من امرأته انها اذا مضت الاربعة الاشهر فهي تطليقة ولزوجها عليها الرجعة ما كانت في العدة * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن مروان بن الحكم كان يقضي في الرجل اذا آلى من امرأته انها اذا مضت الاربعة الاشهر فهي تطليقة وله عليها الرجعة ما دامت في عدتها * قال مالك وعلى ذلك كان رأى ابن شهاب قال مالك في الرجل يولي من امرأته فيوقف فيطلق عند انقضاء الاربعة الاشهر ثم يراجع امرأته انه ان لم يصبها حتى تنقضي عدتها فلا سبيل له اليها ولا رجعة له عليها الا أن يكون له عذر من مرض أو سجن أو ما أشبه ذلك من العذر فان ارتجاعه اياها ثابت عليها فان مضت عدتها ثم تزوجها بعد ذلك فانه ان لم يصبها حتى تنقضي الاربعة الاشهر وقف أيضا فان لم يفيء دخل عليه الطلاق بالايلاء الاول اذا مضت الاربعة الاشهر ولم يكن له عليها رجعة لانه نكحها ثم طلقها قبل أن يمسها فلا عدة له عليها ولا رجعة

بعد رجعتها أربعة أشهر لم يوقف ثانية وانما ينتظر به انقضاء العدة فان وطئ فيها والا بطلت رجعته وان كان بقي من مدة اليمين شيء وان انقضت مدة اليمين قبل العدة صحت رجعته وان لم يطأها في العدة قاله مالك (مسئلة) فان قال الزوج قد وطئتها وقالت الزوجة انه لم يطأها فقد قال مالك القول قول الزوج ووجه ذلك انه متى ادعى الزوج الوطء ليدفع به الفرقة فالقول قوله كالمعترض (فرع) ومعنى ذلك أن لا يكون له عذر فان كان له عذر من مرض أو سجن أو سفر فان رجعته ثابتة عليها فاذا زال العذر بقدومه من سفره أو افاقته من مرضه أو انطلاقه من سجنه فتمكن منها وأبى الوطء فرق بينهما ان كانت العدة قد انقضت قاله مالك في المدونة والمبسوط وقال عبد الملك وتكون بائنا منه من يوم انقضت العدة ووجه ذلك ما قدمناه من مراعاة عذره وأن يكون ما تقدم من الحكم في ذلك مراعاة فان صدق عذره بالفيئة اذا أمكنه حكم بصدقه فيما مضى وان أكذب ما ادعاه من الفيئة فالامتناع حين القدرة عليها حمل أمره على الكذب فيها والرد وأمضيت الاحكام على ما كانت تجب في ذلك الوقت (فرع) قال مالك ولا عدة عليها الآن قال ابن القاسم وحمل ذلك عندي ان زوجها لم يخل بها في العدة فان خلا بها في العدة فعليها عدة الازواج ولا رجعة له عليها فيها بمنزلة زوج خلا بزوجته وتقارا على انه لم يصبها ثم طلقها فان عليها العدة للازواج ولا رجعة له عليها ص ﴿قال مالك في الرجل يولي من امرأته فيوقف بعد الاربعة الاشهر فيطلق ثم يرتجع ولا يمسها فتنقضي أربعة أشهر قبل أن تنقضي عدتها انه لا يوقف ولا يقع عليه طلاق وانه ان أصابها قبل أن تنقضي عدتها كان أحق بها وان مضت عدتها قبل أن يصيبها فلا سبيل له اليها قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك﴾ ش وهذا كما قال انه اذا طلق عليه لامتناعه من الفيئة فارتجع في العدة فانه لا يوقف مرة أخرى غير التوقيف الأول ولا يطلق عليه طلاق آخر وانما يكون أمره مراعى فان مس في العدة صحت الرجعة وبطل الايلاء لوجود الحنث فيه وان لم يطأ في العدة مع ارتفاع الموانع بطلت الرجعة وقال الشافعي ان راجع في العدة فمضت أربعة أشهر ولم يطأ وقف مرة أخرى فان فاء والا طلقت عليه طلقة بائنة فان ارتجع وفعل فحسب ذلك من التوقيف والطلاق حتى يكمل ماله فيها من الطلاق والدليل على ما نقوله ما يأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله (مسئلة) ولو أبى الفيئة فطلقت عليه فتزوجها بعد انقضاء العدة فأرادت أن توقفه ثانية فان لها أن توقفه بعد أربعة أشهر من يوم يتزوجها الزوج الثاني وجه ذلك ان الايلاء ينعقد قبل النكاح كما ينعقد في الاجنبية لكن الاربعة الأشهر لا يعتد بها الا من مدة الزوجية فمن آلى من أجنبية ثم تزوجها اعتد بأربعة أشهر من يوم تزوجها وهو من يوم يمكنه الاستمتاع بها ويجب لها عليه حق الزوجية من الجماع وغيره فأما قبل ذلك فانه لا يجوز وطؤها ولا يتعلق لها عليه بذلك حق فاذا طلقها وخرجت العدة بطل حكم الأربعة الأشهر لان المطالبة بالوطء لا تصح فاذا تزوجها بعد ذلك عاد حكم الأشهر لما قدمناه (فرع) فاذا لم يفئ بعد انقضاء الأشهر طلقت عليه ولم يكن له عليها رجعة لانه طلاق في نكاح ثم يوجد فيه بناء فوجب أن يكون بائنا (مسئلة) ومن أبى الفيئة بعد انقضاء الأشهر فطلقت عليه فتزوجها بعد انقضاء عدتها وقد بقي عليه من مدة يمينه أشهر فلما تزوجته أرادت توقيفه قال مالك ليس لها ذلك لان هذا نكاح مستأنف وانما عاد عليه الايلاء من أوله فليس لها أن توقفه حتى تمضي أربعة أشهر منه وهو باق على حكم يمينه ولو لم يبق من مدة يمينه الا أربعة أشهر فادنى لم يكن عليه ايلاء والله أعلم وأحكم ص ﴿قال مالك في الرجل يولي من امرأته ثم يطلقها فتنقضي الأربعة الأشهر قبل انقضاء عدة الطلاق قال هما طلقتان ان هو وقف ولم يفئ وان مضت

* قال مالك في الرجل يولي من امرأته فيوقف بعد الأربعة الأشهر فيطلق ثم يرتجع ولا يمسها فتنقضي أربعة أشهر قبل أن تنقضي عدتها انه لا يوقف ولا يقع عليه طلاق وانه ان أصابها قبل أن تنقضي عدتها كان أحق بها وان مضت عدتها قبل أن يصيبها فلا سبيل له اليها وهذا أحسن ما سمعت في ذلك

* قال مالك في الرجل يولي من امرأته ثم يطلقها فتنقضي الاربعة الاشهر قبل انقضاء عدة الطلاق قال هما طلقتان ان هو وقف ولم يفئ وان مضت

عدة الطلاق قبل الأربعة الأشهر فليس الايلاء بطلاق وذلك ان الأربعة الأشهر التي كانت يوقف بعدها مضت وليست له يومئذ بامرأة ﴾ ش وهذا كما قال وذلك ان المولى منها يصح ايقاع الطلاق عليها لانها زوجة ولا يبطل طلاقه حكم الأشهر لانه طلاق رجعي يلحق فيه الطلاق والظهار فلحق فيه حكم الايلاء فاذا انقضت الاشهر وهي في عدتها انها توقفه ان شاءت واذا كان لها ان توقفه فان فاء فحكم الفيئة أن يرجع فيطأ فان لم يفعل ذلك طلقت عليه بالايلاء وكانت مع الطلقة التي أوقعها تطليقتين على ما ذكر قال في المبسوط فاذا أوقفه الامام فلا بد أن يفيء أو يطلق بعد ولا يجزى عنه ما مضى من الطلاق والله أعلم (مسئلة) وقوله فان مضت عدة الطلاق قبل الاربعة الاشهر فليس الايلاء بطلاق يريد ان الطلاق الذي أوقعه ان انقضت عدته قبل انقضاء الاشهر فقد بطل حكم الاشهر لانها قد بانت منه ولم يبق لها عليه حق مطالبة بوطء ولذلك قال وليست له بامرأة يريد بذلك ما قلناه ص ﴿ قال مالك ومن حلف أن لا يطأ امرأته يوما أو شهرا ثم مكث حتى ينقضي أكثر من الأربعة الأشهر فلا يكون ذلك ايلاء انما يوقف في الايلاء من حلف على أكثر من الأربعة الأشهر فاما من حلف أن لا يطأ امرأته أربعة أشهر أو أدنى من ذلك فلا أرى عليه ايلاء الا انه اذا جاء الأجل الذي يوقف عنده خرج من يمينه ولم يكن عليه وقف ﴾ ش وهذا كما قال ان من حلف أن لا يطأ امرأته أربعة أشهر فما دونها لم يلزمه حكم الايلاء وقال أبو حنيفة من حلف على أربعة أشهر فزائدا لزمه الايلاء وقال النخعي والحسن وابن سيرين من حلف أن لا يطأ زوجته يوما أو أقل من ذلك أو أكثر ثم تركها دون أن يطأها أربعة أشهر فقد بانت منه بالايلاء والدليل على صحة ما نقوله ان له تربص أربعة أشهر فاذا انقضت العدة التي منعت يمينه من الوطء فيها قبل وقت التوقيف لم يجب أن يوقف لان يمينه لم تتناول المنع من الوطء في هذه المدة فكان بمنزلة من لم يحلف فلم يلزمه توقيفه ولذلك قال مالك لانه اذا جاء الأجل الذي يوقف عنده خرج من يمينه يريد ان المدة التي تناولتها يمينه قد انقضت فلم يكن عليه توقيف (مسئلة) ومن حلف أن لا يطأ امرأته حتى يقضي غريمه حقه أو يفعل كذا كان ذلك الفعل مما يقدر عليه أو لا يقدر عليه فهو مول في ذلك كله قاله مالك في المبسوط ووجه ذلك عندي انه قد حلف يمينا يمتنع وطأها ولا يصل الى ذلك الا بحنث فيها فوجب عليه حكم من عمل أو غرم مال كما لو حلف أن لا يطأها جملة قال مالك في المدنية اذا زاد على الأربعة الأشهر وقف فاما فاء واما طلق (مسئلة) ومن حلف أن لا يطأ امرأته حتى يخرج الى الحج أو الى بلد تتكلف له سفرا قريبا أو بعيدا فقد قال ابن القاسم في الذي يقول والله لا أطؤك في هذا المصر أو في هذه البلدة هو مول لانه قال لا أطؤك حتى أخرج منها فاذا كان خروجه يتكلف فيه المؤنة والكلفة فهو مول ومعنى ذلك والله أعلم أن يريد به الانتقال والخروج بها الى موضع تلحقه مؤنة ونفقة بالانتقال اليه وأما لو أراد به الخروج من نفس حاضرته الى موضع يقرب منها كالخروج الى جنته أو مزرعته القريبة فهذا بمنزلة قوله والله لا أطؤك حتى أكلم فلانا وفلان حاضر وحتى أدخل الدار والدار قريبة المكان منه (فرع) فان كانت مسافة السفر أكثر من أربعة أشهر طلقت عليه عند انقضاء الأربعة الاشهر ولم يخير ولم ينتظر اذا طلبت ذلك (مسئلة) ومن حلف أن لا يطأ امرأته في هذه السنة الا مرة واحدة قال ابن القاسم لا يكون موليا ما لم يطأها فان وطئها وقد بقي عليه من السنة أكثر من أربعة أشهر فانه يكون موليا وروى عنه ابن المواز رواية ثانية انه اذا مضت له أربعة أشهر من وقت يمينه وقف فاما ان يفيء والا طلقت عليه قال وهذا أحب الينا (مسئلة) ومن حلف أن لا يطأ امرأته كذا

عدة الطلاق قبل الاربعة الاشهر فليس الايلاء بطلاق وذلك ان الاربعة الاشهر التي كانت يوقف بعدها مضت وليست له يومئذ بامرأة * قال مالك ومن حلف أن لا يطأ امرأته يوما أو شهرا ثم مكث حتى ينقضي أكثر من الاربعة الاشهر فلا يكون ذلك ايلاء وانما يوقف في الايلاء من حلف على أكثر من الاربعة الأشهر فأما من حلف أن لا يطأ امرأته أربعة أشهر أو أدنى من ذلك فلا أرى عليه ايلاء لأنه اذا دخل الأجل الذي يوقف عنده خرج من يمينه ولم يكن عليه وقف

وكذا وطأة روى عيسى عن ابن القاسم هو مول وأجله من يوم حلف ووجه ذلك انه يحنث بوطئه واحدة منها ص ﴿ قال مالك من حلف لامرأته أن لا يطأها حتى تفطم ولدها فان ذلك لا يكون ايلاء وقد بلغني ان على بن أبي طالب رضي الله عنه سئل عن ذلك فلم يره ايلاء ﴾ ش قوله من حلف أن لا يطأ امرأته حتى تفطم ولده لا يكون ايلاء هو قول مالك وقد رواه عن على بن أبي طالب رضي الله عنه ومعنى ذلك انه ليس بالايلاء الذي يثبت به حكم الايلاء من توقيف الزوج عند انقضاء أربعة أشهر وان كان اسم الايلاء يقع عليه لانه لا خلاف انه حلف والحلف هو ايلاء بكل حالف مول من جهة اللغة الا ان المولى الذي يلزمه التوقيف هو الذي وجد منه الايلاء الشرعي هو قول مالك وأحد قولي الشافعي وله قول آخر انه مول ولا اعتبار برضاع الولد وبه قال أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ان الايلاء الشرعي تعتبر فيه معان قررها الشرع من أن يكون الحالف انما قصد الاضرار بالزوجة في ذلك لان الله تعالى قد منع من امساك النساء على وجه الاضرار بهن فقال عز وجل ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ويعرف ذلك ويقضى عليه به اذا لم يكن ثم وجه منفعة ولا مانع من الوطء والحالف لا يطأ حتى يفطم ولده لان لولده منفعة في ترك وطء أمه التي ترضعه ولذلك روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن فارس والروم تفعله والغيلة عند مالك أن يطأ الرجل امرأته وهي ترضع فهو وان كان لم ينه عنه فقد ندب بقوله هذا على انه مما يخاف ضرره وانما ترك النهي عنه على وجه من التوكيد لان ضرره ليس بلازم وهذا انما هو اذا كانت الأم ترضعه ولو كانت لا ترضعه وانما يرضعه غيرها لكان عندي حكمها حكم من لا ولد لها فاذا كان لتركه الوطء وجه منفعة سقط عنه حكم الايلاء المتعلق بالمضار ولذلك قلنا انه من منعه من وطئها مرض أو سجن أو مانع يعلم سقط عنه حكم الايلاء حتى يزول عنه ذلك المانع والله أعلم (مسئلة) ومن حلف لامرأته التي ترضع ولده أن لا يطأها سنتين وقال أردت بذلك كمال رضاع ففي المبسوط عن ابن الماجشون ذلك له ولا يلزمه توقيف ومعنى ذلك انه مول لانه قد يتعلق يمينه بالضرر ان مات ابنه قبل انقضاء السنتين أو فطم قبل ذلك وانما الذي لا يكون به موليا من حلف أن لا يطأ حتى يفطم لانه لا يتعلق يمينه بالضرر على وجه وأما من ضرب لذلك مدة من الزمان فحكمه ما تقدم بيمينه فلزمه التوقيف عند انقضاء أربعة أشهر ووزان مسئلة الرضاع من مسئلة المريض أن يحلف أن لا يطأ ما دام مريضا فهذا يجب أن لا يلزمه توقيف كما أن والد الرضيع لو حلف أن لا يطأ أكثر من عامين لعلم اضراره بيمينه ولزمه التوقيف عند انقضاء أربعة أشهر من وقت يمينه وتكون فيئته بالقول عند التوقيف يصدق ذلك فيئته عند انقضاء الرضاع (فرع) فان مات ابنه وقد بقي من السنتين أكثر من أربعة أشهر ففي المبسوط عن ابن الماجشون يلزمه حكم الايلاء من يوم مات ابنه فاذا انقضت أربعة أشهر من ذلك اليوم وقف ووجه ذلك أنه قد تبين أن يمينه تناولت الاضرار بالزوجة فاعتد بمدة التربص له من يوم لم يبق ليمينه وجه غير الضرر كما لو حلف أن لا يطأ أجنبية ثم تزوجها لكانت مدة التربص من يوم تعلقت يمينه بالضرر وكان لها حق المطالبة بالوطء (مسئلة) ولو ترك الرجل وطء امرأته من غير يمين على وجه الضرر قال القاضي أبو محمد وعرف ذلك منه وطالت المدة أن حكمه حكم المولى وقال مالك لا يترك وذلك ان لم يكن له عذر حتى يطأ أو يفرق بينهما قال القاضي أبو محمد يفرق بينهما من غير ضرب أجل ووجه ذلك عندي انه ليس هناك مانع من يمين ولا غيرها فلم يضرب له أجل تربص والمولى يمنعه اليمين التي تلزمه فضرب له أجل أربعة أشهر ليرى ويتسبب في الخروج عن اليمين التي

قال مالك من حلف لامرأته أن لا يطأها حتى تفطم ولدها فان ذلك لا يكون إيلاء وبلغني أن على بن أبي طالب سئل عن ذلك فلم يره ايلاء

لزمته وقد قال مالك وأصحابه في المريض يولي من امرأته انه يوقف عند انقضاء أربعة أشهر فان فاء بلسانه أجزأه ذلك حتى يفيق والفرق بينه وبين والد المرضع ان والد المرضع لرضاع ولده غاية معلومة قد علق يمينه بها فكأنه حلف على مدة الرضاع والمريض ليس لمرضه مدة مؤقتة فاذا علق يمينه بمدة تزيد على أربعة أشهر فقد قصد الاضرار

﴿ ايلاء العبد ﴾

ص ﴿ مالك انه سأل ابن شهاب عن ايلاء العبد فقال هو نحو ايلاء الحر وهو عليه واجب وايلاء العبد شهران ﴾ ش قوله ايلاء العبد نحو ايلاء الحر وهو عليه واجب يريد انه نحو ايلاء الحر في لزومه حكم الأيمان واعتباره مدة التربص والتوقيف عند انقضائها مع بقاء اليمين فان فاء والا طلق عليه ووجه ذلك أن ايلاءه تعلق بالمنع من الوطء عاريا عن العذر والمنعة مدة تزيد على مدة التربص

(فصل) وقوله وايلاء العبد شهران هو قول مالك سواء كانت تحته حرة أو أمة وقال أبو حنيفة ايلاء العبد من الأمة شهران ومن الحرة أربعة أشهر وقال الشافعي ايلاؤه منهما أربعة أشهر والدليل على ما نقوله ما استدل به القاضي أبو محمد ان مدة الايلاء يتعلق بها حكم البينونة فوجب أن لا يساوي فيه الحر العبد أصل ذلك الطلاق (مسئلة) وان آلى العبد ثم عتق مكانه بقي على حكم ايلاء العبيد ولم ينتقل عن ذلك بان عتق بعد ان لزمه ووجب عليه كما انه لو زنى في حال الرق ثم أعتق لم ينتقل حده عن حد العبد الى حد الحر

﴿ ايلاء العبد ﴾
* حدثني يحيى عن مالك انه سال ابن شهاب عن ايلاء العبد فقال هو نحو ايلاء الحر وهو عليه واجب وايلاء العبد شهران

﴿ ظهار الحر ﴾

﴿ ظهار الحر ﴾

الظهار هو وصف المظاهر من يحل له وطؤها من زوجة أو أمة بانها عليه كظهر امه وله في الشرع ألفاظ وأحكام تختص به قال مالك في المبسوط الظهار يمين تكفر وفي المدونة ان مطلق الظهار ليس بيمين وانما يكون يمينا اذا قال ان فعلت كذا فأنت علي كظهر أمه والظهار محرم قاله القاضي أبو محمد والدليل على ذلك قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم ان أمهاتهم الا اللائي ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا ففي الآية دليلان أحدهما انكار ما قالوا وتكذيبه والثاني انه وصفه بانه منكر وزور قال القاضي أبو اسحاق ومن ظاهر أدب لقوله المنكر وألزمه (مسئلة) والظهار تحريم الوطء المباح من الزوجة والأمة وهل يحرم عليه الاستمتاع بالقبلة والنظر والمباشرة وغير ذلك اختلف أصحابنا في ذلك فقال مالك في المدونة لا يقبل ولا يباشر ولا يلمس ولا ينظر الى صدر ولا شعر وفي المختصر الكبير ولا الى شئ منها حتى يكفر قال مالك لان ذلك لا يدعو الى خير ولا بأس أن يكون معها في بيت اذا كان ممن يؤمن وفي التفريع لابن الجلاب لا يقبل ولا يباشر ولا بأس أن ينظر الى الرأس والوجه واليدين وسائر الأطراف قبل أن يكفر ومن أصحابنا من حمل ذلك على التحريم كالوطء وبه قال القاضي أبو محمد ومنهم من حمله على الكراهية لئلا يدعو الى الجماع وبه قال الشافعي وقال عبد الملك في المبسوط في المتظاهر يقبل ويباشر وينظر الى الصدر والشعر والمحاسن ان ذلك على وجه الكراهية لذلك كله كالتغيير في الجماع الذي لا يحل لمن لم يكفر نحو كراهيتهم القبلة للشاب الصائم والملامسة وجه القول الاول ما احتج به الشيخ أبو بكر ان كل معنى طرأ على النكاح منع الوطء من أجل تحريم حادث فانه يمنع

الاستمتاع كله واللذة بقبلة وغيرها كالطلاق الرجعي والاعتكاف والاحرام ووجه القول الثاني انها زوجة منع وطؤها المعنى ليس لعبادة ولا يفضي الى بينونة فلم يمنع الاستمتاع بغير الوطء كالحيض والعبادات التي تمنع الزوج من الاستمتاع اذا اختصت بالزوجة فانما يمنع الزوج منها ما يفسد على الزوجة عبادتها ولذلك لا يمنع من الاستمتاع بالنظر اليها وليس في الظهار شيء من ذلك فانما يمنع من ذلك في حقه لئلا يحركه الى مواقعة المحرم من الوطء فاذا قلنا انه ينظر الوجه واليدين فان معنى ذلك أن ينظر لغير وجه الاستمتاع يبين ذلك ما في المدونة قيل لمالك أينظر الى وجهها قال نعم وغيره أيضا قد ينظر الى وجهها (فرع) فان قبل أو باشر فقد قال سحنون من قبل أو باشر في شهري الصيام عن كفارة الظهار قطع ذلك التتابع وقال أصبغ لا يقطع ذلك التتابع ورجع اليه سحنون ويصح أن يكون القولان مبنيين على ما تقدم (مسئلة) فان كان الظهار مطلقا فتعريه مطلق لا يستباح الا بعد الكفارة وان كان مقيدا مثل أن يقول أنت علي كظهر أمي اليوم فلا خلاف في ثبوت الظهار من اليوم وهل يبطل بانقضاء اليوم أم لا المشهور انه باق بعد اليوم حتى يكفر كالطلاق وقاله مالك في المبسوط قال ابن شعبان يطؤها دون كفارة أحب الي وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه لا يتعلق به حكم الظهار ودليلنا ان هذا لفظ يحرم به الوطء فوجب أن يكون تقييده كاطلاقه كالطلاق

(باب فأما ألفاظه فأصلها أنت علي كظهر أمي)

الأصل في ذلك قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم ان أمهاتهم الا اللائي ولدنهم ثم قال والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فهذا اللفظ المستعمل يختص بأمرين بالأم والظهر فان عدل عن هذا اللفظ فانه يقع العدول عنه على ثلاثة أوجه أحدها أن يعلق التشبيه بعضو من الأم غير الظهر والثاني أن يعلقه بظهر غير الأم والثالث أن يعلقه بعضو غير الظهر من امرأة غير الأم (مسئلة) فأما ان شبه امرأته بعضو من أمه مثل أن يقول أنت علي كرأس أمي أو يقول كالبطن أو الفرج أو القدم أو الفخذ أو العضد ففي المدونة يكون مظاهرا في ذلك كله قال القاضي أبو محمد ومن شبه امرأة ببعض أمه فهو مظاهر خلافا للشافعي في قوله لا يكون مظاهرا الا بتشبيه بالظهر ولابي حنيفة قال لا يكون الظهار الا في تمثيله بعضو من أمه يحرم عليه النظر اليه والدليل على ما نقوله انه عضو من ذات محرم أثبت لامرأته حكمه فوجب أن يكون مظاهرا كالظهر (فرع) وان أثبت للجملة حكم الجلة فقال أنت علي كأمي فقد قال مالك هو مظاهر قال الشيخ أبو القاسم كانت له نية أو لم تكن قال ابن القاسم وكذلك اذا قال لها أنت أمي قال القاضي أبو محمد خلافا لابي حنيفة والشافعي في قولهما ان لم ينو الظهار فانه محمول على البر والكرامة وهذا يقتضي أن يكون مظاهرا ان لم تكن له نية جملة وأما ان كانت له نية الا كرام والبر فيجب أن لا يكون مظاهرا والدليل على ما نقوله انه وجد منه تشبيه امرأته بأمه دون نية تصرف ذلك عن التحريم فوجب أن يكون مظاهرا هذا أصل ذلك اذا قال لها أنت علي كظهر أمي (فرع) فان قال لها أنت علي حرام كأمي أو مثل أمي أو كظهر أمي حكى القاضي أبو محمد انه يكون ظهارا ولم يشترط نية وفي العتبية وكتاب ابن المواز عن مالك انه مظاهر ان لم تكن نية له خلافا للشافعي وأبي يوسف ومحمد والدليل على ما نقوله ما احتج به القاضي أبو محمد انه قد أتى بصريح الظهار وهو قوله أنت علي كظهر أمي فلم يكن طلاقا كما لو عراه عن لفظ التحريم

(فرع) وقوله أنت على أحرم من أمي ان لم ينو الطلاق في العتبية والموازية عن مالك هو مظاهر وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في قوله أنت على أحرم من أمي انها البتة وقال عبد الملك بن الماجشون في قوله أنت على أحرم من أمي انه ظهار وان نوى الطلاق وجه قول مالك ان اللفظ يحتمل الطلاق و يحتمل الظهار الا أنه في الظهار أبين لانه انما استعمل تشبيه الزوجة بالأم في الظهار فحمل على ما يصلح أن يراد به فاذا عدمت النية حمل على الأظهر ووجه قول ابن القاسم ان لفظ التحريم يقتضي الطلاق البائن والتشبيه بالأم يقتضي الظهار واذا تردد الحكم بين التغليظ والتخفيف حمل على أشدهما كمن شك في طلقة أو ثلاث فانه يحمل على الثلاث ووجه قول عبد الملك ان التشبيه بالأم قرر الشارع به حكم الظهار فلا يخرجه عن بابه لفظ التحريم لان المبتدئ بالظهار في أول الاسلام انما قصد التحريم فحكم الله عز وجل فيه بالظهار هذا الذي احتج به ابن الماجشون (مسئلة) وأما اذا علقه بظهر غير الأم مثل أن يقول أنت على كظهر فلانة فلا يخلو أن تكون المرأة المذكورة من ذوي محارمه أو أجنبية أو ممن يحل له وطؤها من زوجة أو أمة فان كانت من ذوي محارمه فهو مظاهر بذلك في قول مالك وان كانت أجنبية فقد قال مالك هو مظاهر كان لها زوج أو لم يكن لها زوج وقال عبد الملك يكون طلاقا وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون طلاقا ولا ظهارا قال القاضي أبو محمد والدليل على صحة قول مالك انه شبه امرأته بظهر محرمة عليه فلزمه حكم الظهار أصله اذا قال كظهر أمه ووجه قول عبد الملك بالظهار انما يتعلق بتحريم مؤبد ولا يكون ذلك الا برفع عقد الاستباحة وذلك انما يكون بالطلاق وان علقه بظهر من يحل له وطؤها فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما اذا علق بغير الظهر من غير الأم وذلك أن يعلقه بعضو غير الظهر فيقول أنت على كرأس فلانة أو يدها فلا يخلو أن يضاف ذلك الى ذات محرم أو أجنبية فان أضافه الى ذات محرم بنسب أو صهر أو رضاع فان ذلك ظهار فحكمه في الظهار على ما تقدم وكذلك الأجنبية

(باب)

فأما من يظاهر منها فانه يثبت حكم الظهار من كل من يجوز للرجل وطؤها من زوجة أمة أو حرة مسلمة أو كتابية أو ما تملك يمينه من أمة أو أم ولد أو مدبرة قاله في المدونة وفي المختصر الكبير وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون الظهار الا في زوجة والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم قال مالك في المبسوط والسرية من النساء ودليلنا من جهة المعنى أنه فرج مباح له فجاز أن يتعلق به حكم الظهار كالزوجة وفي المبسوط سواء كانت صبية أو محرمة أو حائضا أو رتقاء أو صائمة فهو مظاهر منهن كلهن قاله ابن القاسم (مسئلة) ولو كان له من الامة شقص لم يلزمه فيها ظهار رواه ابن المواز ووجه ذلك أنه لا يحل له الاستمتاع بها لنقص ملكه فيها قال الشيخ أبو القاسم وكذلك حكم المكاتبة والمعتقة الى أجل وكل من لا يحل له الاستمتاع بها من الاماء والله أعلم وقاله ابن الماجشون في المبسوط وجه ذلك أن من لا يحل له الاستمتاع بها لم يتعلق ظهاره بها كالاجنبية

(فصل) وقوله ظهار الحر يريد أن الحر المسلم المكلف الذي يقدر على الاستمتاع يلزمه الظهار سواء كان مالكا لامر نفسه أو كان محجورا عليه فأما المالك لأمر نفسه فسنبين حكمه ان شاء الله تعالى وأما المحجور عليه فانه يلزمه الظهار لأنه مسلم يقدر على الاستمتاع و يصح منه الطلاق فلزمه

الظهار كالمالك لأمره (مسئلة) وأما الذمي فانه لا يصح ظهاره خلافا للشافعي والدليل على مانقوله أن كل من لا يصح طلاقه فانه لا يصح ظهاره كالمجنون والصغير (مسئلة) وأما الخصي والمجبوب والعنين والشيخ الفاني فقد روى ابن سحنون عن أبيه لا يلزمهم ظهار ولا ايلاء وكذلك كل من لا يقدر على الجماع معناه ولا يرجوه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي أن هذا مبني على أن الظهار لا يحرم الاستمتاع بغير الوطء وقد اختلف أصحابنا في ذلك فاذا قلنا ان الظهار يحرم الاستمتاع كما يحرم الوطء وهو ممكن من جميعهم وجب أن يلزمهم الظهار واذا قلنا انه ليس بمحرم لنفسه وانما هو ممنوع لئلا يكون داعية الى الجماع فلا يصح الظهار من المجبوب ولا الخصي ولا العنين لأن الجماع لا يتأتى منهم وأما الايلاء فانما يسقط عنهم حكم التوقيف للفيئة لأنهم لا يستطيعون عليها ولا يمكنهم فعلها ولا تركها يبين هذا أن الشيخ الفاني لو تحامل وجامع لحنث في ايلائه (مسئلة) فأما السكران فانه يلزمه الظهار حكاه ابن القاسم في المدونة قال لأن مالكا قال يلزمه الطلاق فكذلك الظهار عندي قال ولا يلزم المعتدة ولا الصبي ظهار لأن مالكا قال لا يلزمه الطلاق وكذلك المكره وقال محمد في الذي يفيق من سكره فتقول له امرأته تظاهرت مني حال سكرك فيقول لا علم لي بذلك لا يقربها حتى يكفر ص ﴿ مالك عن سعيد بن عمرو بن سليم الزرقي أنه سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأة ان هو تزوجها قال القاسم بن محمد ان رجلا جعل امرأة عليه كظهر أمه ان هو تزوجها فأمر عمر بن الخطاب ان هو تزوجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المتظاهر ﴾ ش قوله في رجل طلق امرأة ان تزوجها فجاوبه بما روى عن عمر بن الخطاب في الظهار يقتضي لزوم الطلاق عنده وانها تطلق عليه ان تزوجها وكذلك الظهار على حسب ما جاوب به عمر بن الخطاب رضي الله عنه فمن ظاهر من امرأة ان تزوجها ثم تزوجها لزمه الظهار ووجب عليه أن يكفر قبل أن يمسها وسيأتي بعد هذا مبينا ان شاء الله تعالى ص ﴿ مالك انه بلغه أن رجلا سأل القاسم بن محمد وسليمان بن يسار عن رجل تظاهر من امرأته قبل أن ينكحها فقالا ان نكحها فلا يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر ﴾ ش سؤاله عن رجل تظاهر من امرأته قبل أن ينكحها يريد قال لها ان تزوجتك فأنت علي كظهر أمي فهذا التي يلزمه التظاهر منها ان تزوجها وأما لو قال أنت علي كظهر أمي ولم يضف ذلك الى تزوجها لم يلزمه شيء وروى ابن مزين عن عيسى بن دينار أن معنى قول القاسم بن محمد وسليمان بن يسار أن السائل كان قد قال ان تزوجتك وأما ان لم يقل ذلك فلا ظهار عليه اذا تزوجها وقال الشافعي والثوري لا يلزمه ظهار في الوجهين والدليل على ما نقوله أن هذا أضاف الظهار الى حال الزوجية فوجب أن يلزمه اذا وجدت الزوجية أصله اذا قال ذلك لزوجته (مسئلة) وقال مالك في رجل ذكر له نكاح امرأة فقال هي أمي فهو مظاهر ووجه ذلك أنه مستند الى ما عرض عليه من أن يتزوجها فكأنه قال ان فعلت ذلك فهي أمي وأما لو قال لها ذلك يريد أن يصفها بالكبر فعندي انه لا يلزمه بذلك ظهار ولا غيره

(فصل) وقوله ان نكحها فلا يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر يريد رضي الله عنه أن بعقد النكاح تتعين عليه الكفارة لما وجدت منه العودة المصححة للكفارة قبل المسيس لقوله عز وجل من قبل أن يتماسا وأما لو كفر قبل أن يتزوجها فانه لا يجزئه لأن العودة لا تصح منه وهي شرط في صحة الكفارة ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال في رجل تظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة انه ليس عليه الا كفارة واحدة * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن مثل

* حدثني يحيى عن مالك عن سعيد بن عمرو بن سليم الزرقي أنه سال القاسم ابن محمد عن رجل طلق امرأة ان هو تزوجها فقال القاسم بن محمد ان رجل جعل امرأة عليه كظهر أمه ان هو تزوجها فأمره عمر بن الخطاب ان هو تزوجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المتظاهر * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن رجلا سأل القاسم ابن محمد وسليمان بن يسار عن رجل تظاهر من امرأته قبل أن ينكحها فقالا ان نكحها فلا يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر * وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال في رجل تظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة انه ليس عليه الا كفارة واحدة * وحدثني عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن مثل

ذلك * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا ﴾ ش معنى ذلك انه من قال لأربع نسوة له أنتن على كظهر أمى انه متظاهر بهذا اللفظ من جميعهن ويجزئه فى ذلك كفارة واحدة خلافا لأحد قولى الشافعى وأبى حنيفة لأن يمينه واحدة وظهاره واحد فلم يلزمه به الا كفارة واحدة كالو حلف يمينا واحدة لاألبس الثوب ولا آكل الخبز ولاأدخل الدار ثم حنث لم تلزمه الا كفارة واحدة يدل على ذلك أنه لا يمكنه أن يحنث فى احداهن دون الاخرى (فرع) فان وطئ واحدة منهن فقد حنث فى جميعهن ولم يجزله أن يقرب واحدة منهن حتى يكفر لوجوب تقديم الكفارة على المسيس فان كفر عن واحدة منهن فقد بطل حكم الظهار وجاز أن يطأ سائرهن دون كفارة تلزمه وان لم ينو بكفارته الا الاولى قاله كله فى المدونة ووجه ذلك ما قدمناه من انها يمين واحدة فلم يجب عليه بها غير كفارة واحدة (مسئلة) ولو أفرد كل واحدة منهن بلفظ ظهار فى مجلس أو مجالس فيقول لاحداهن أنت على كظهر أمى ثم يقول للاخرى وأنت على كظهر أمى ثم قال الثالثة كذلك ويقول للرابعة كذلك لوجب عليه لكل واحدة منهن كفارة كاملة بالعودة كمن حلف لايأكل الطعام ثم حلف لايلبس الثوب ثم حلف لايدخل الدار فحنث لزمته بكل يمين كفارة كاملة (مسئلة) ومن قال لامرأته أنت على كظهر أمى ثم قال لأخرى أنت على مثلها فقد قال ابن القاسم فى المدونة عليه فى كل واحدة منهما كفارة واحدة ووجه ذلك انه قد أفرد كل واحدة منهما بظهار يخصها لا يحصل به حانثا فى الأخرى (مسئلة) ومن قال لأربع نسوة من دخلت منكن الدار فهى على كظهر أمى ففى المدونة عن ابن القاسم عليه أربع كفارات ان دخلن كلهن الدار فى كل واحدة منهن كفارة ولو قال ان دخلتن الدار فأنتن على كظهر أمى فانه لا يلزمه فى جميعهن الا كفارة ووجه ذلك انه اذا قال من دخلت منكن الدار فهى على كظهر أمى فقد أفرد كل واحدة منهن بحكم نفسها ولذلك ان دخلت احداهن الدار لم يكن مظاهرا فى غيرها ويكون مظاهرا فى التى دخلت خاصة فثبت بذلك أن اللفظ يقتضى افراد كل واحدة منهن بظهار يخصها واذا كان الظهار يخصها لزمت فيه كفارة واحدة واذا قال لهن ان دخلتن الدار فأنتن على كظهر أمى فانه ان دخلت احداهن الدار ثبت حكم ظهاره من جميعهن ولم يثبت له حكم الظهار عند الشافعى حتى يدخل جميعهن فقد وقع الاتفاق على أن لا ينفرد دخول واحدة منهن بظهار يخصها دون غيرها فثبت بذلك أن هذه يمين واحدة فى جميعهن واليمين الواحدة لا يجب بها غير كفارة واحدة (فرع) وأما اذا قال كل من دخلت منكن الدار فهى على كظهر أمى فالظاهر من المذهب انها بمنزلة قوله من دخلت منكن الدار فهى على كظهر أمى رواه ابن المواز وفى العتبية من رواية ابن القاسم انه ان قال ذلك فانه تجزئه كفارة واحدة ويحتمل أن يريد بذلك أن حكم كل امرأة أتزوجها مخالف لحكم قوله من تزوجت منكن وانه بمنزلة قوله ان تزوجتكن ويحتمل أن يريد أن الباب كله باب واحد لا يجب فى ذلك الا كفارة وما قدمناه أولا أصح والله أعلم

ص ﴿ قال مالك قال الله تبارك وتعالى فى كفارة المتظاهر فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ﴾ ش قوله سبحانه وتعالى فى كفارة المتظاهر فتحرير رقبة يقتضى أن الرقبة تجزئ فى كفارة الظهار ولها صفات الاسلام والسلامة فأما الاسلام فانه لا يجزى فى كفارة الا رقبة مؤمنة وأما الكافر فلا يجزى خلافا لأبى حنيفة فى قوله لا يعتبر فيها الاسلام والدليل على ما نقوله ان هذه رقبة مخرجة على وجه الكفارة فاعتبر فيها الايمان ككفارة القتل ويجزى فى ذلك الصغير والأعجمى على حسب

ذلك * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا قال مالك قال الله تبارك وتعالى فى كفارة المتظاهر فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا

ماتقدم فى كفارة الأيمان بالله تعالى ولو أعتق عن ظهاره منفوسا فلما كبر وجد أخرس أومقعدا أوأصم أوأبكم أومطبقا جنونا فقد روى فى العتبية محمد بن خالد عن داود بن سعيد بن زيد فقد أجزأه لانه شئ يحدث وكذلك فى المبيع لا يرد بهذا العيب (مسئلة) ومن قال ان اشتريت فلانا فهو حر عن ظهارى ففى الموازية عن ابن القاسم يجزئه ووجه ذلك انه لم يتعلق به عتق لغير الظهار وانما يتعلق به الظهار فوجب أن يجزئه وبذلك يخالف من قال ان اشتريت فلانا فهو حر ثم اشتراه عن ظهاره فقد قال ابن القاسم فى المدونة لا يجزئه وذلك انه قد تقدم له فيه عقد عتق لازم لغير الظهار وفى مسئلتنا لم يتقدم له فيه عتق الا للظهار فكان ذلك بمنزلة من يشترى عبدا ونيته أن يعتقه للظهار وروى ابن أبى زيد عن ابن القاسم فى المرأة تعطى زوجها رقبة يعتقها عن ظهاره أوثمنها ان كان ذلك بشرط العتق لم يجزه وان كان بغير شرط أجزأه لان هذا أيضا قد شرط عليه عتقه للظهار من ملكه فكأنه هو الذى أثبت فيه العتق دون المظاهر وفى مسئلتنا بخلافه لانه هو الذى أثبت فيه عتق الظهار (مسئلة) ومن أعتق عبدا عن ظهاره وهو انما يملك نصفه ففى الموازية عن ابن القاسم يجزئه وتلزمه القيمة قال أصبغ وسحنون لا يعجبنى هذا وليس أحد من أصحابه عليه ووجه قول ابن القاسم ان مالزمه من العتق فى النصف الثانى انما لزمه بسبب العتق الأول فكان له حكمه ألا ترى انه اذا قال له ان اشتريتك فأنت حر عن ظهارى فانه قد لزمه عتقه ومع ذلك فانه اذا اشتراه أجزأه عن ظهاره ووجه القول الثانى ان العتق الثانى وقع بغير اختياره ولم يقصد به العتق عن ظهاره وانما هو لتبعيض العتق فلم يجزه أصل ذلك اذا لزمه عتق عن جميعه ليمين أوغير ذلك (مسئلة) ولو كان له عبد فأعتق نصفه عن ظهاره ثم أعتق باقيه عن ذلك الظهار فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم انه يجزئه وروى ابن حبيب وابن الماجشون عن أصبغ لا يجزئه ووجه القول الأول انه مبنى على أصلين أحدهما أن العتق لا يمنع صحة تبعيضه والثانى أن لا يعتق الباقى بالسراية وانما يعتق بعتقه عليه ان أراد ذلك أو يحكم عليه السلطان به ان أباه ووجه القول الثانى انه مبنى على انه لا يصح تبعيضه أوعلى أن النصف الثانى يعتق عليه بالسنة وليس عتقه بموقوف على اختياره فلا يجزئه (مسئلة) ومن أعتق عنه غيره عبدا بغير علمه عن ظهاره فانه يجزئه عند ابن القاسم وقال عبد الملك لا يجزئه وان رضى بذلك بعد العتق وقال أشهب لا يجزى عن الحى وان كان بسؤاله ورغبته وجه قول ابن القاسم انه معنى تجوز فيه النيابة لان طريقه المال ولذلك يجوز أن يعتق عن الميت وسلمه ابن الماجشون ووجه قول ابن الماجشون انه لو باعه منه على أن يعتقه هو لم يجز له ذلك ولو وهبه اياه على أن يعتقه عن ظهاره لم يجزه فكذلك اذا أعتقه عنه والفرق بينهما على قول ابن القاسم انه قد ملك الواهب أو البائع العتق فى ذلك العبد قبل وقوعه ولزم الموهوب له ايقاعه بالشرط فلذلك لم يجز ألا ترى انه لو باعه من ورثة الميت بشرط عتقه عنه أو وهبهم اياه بذلك الشرط لم يجزه والذى أنفذ عتقه على العتق عنه عتقه ولذلك جاز أن يعتقه عن الميت وقد روى فى العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فى المرأة تعطى زوجها الرقبة يعتقها عن ظهاره أو ثمن الرقبة ان كان بشرط العتق لم يجزه وان كان بغير شرط أجزأه وذلك لما ذكرناه ورواه فى المدنية عيسى بن دينار وعبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة (فرع) فاذا قلنا يجزئه على قول ابن القاسم فانه قال يجزئه ان لم يدفع فى ثمنه شيأ قال الشيخ أبو محمد فى نوادره يريد كأنه اشتراه بشرط العتق ومعنى ذلك ان من اشترى عبدا بشرط العتق لم يجزه عن عتق واجب عليه فعلى هذا انما يجزئه على قول ابن القاسم بشرطين أحدهما

ماتقدم وهو أن لا يدفع اليه فيه ثمنا والثاني أن يرضى المعتق عنه بذلك وان لم يرض بذلك اذا بلغه فقد قال الشيخ أبو عمران لا يجزئه ومعنى ذلك ان نية العتق للظهار معدومة ولم تتعقبها اجازة وهي تقوم مقام النية وفي ذلك شرط ثالث مختلف فيه وهو أن يكون العتق بعد العودة قال ابن القاسم لا يراعى العودة وانما يراعيه عبد الملك وابن الماجشون (مسئلة) وأما السلامة فانها تعتبر في ذلك كله على حسب ماتقدم في كفارة الايمان بالله تعالى ولا يختص ذلك بجنس مخصوص من الرقيق ولا ذكورة ولا أنوثة

(فصل) وقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين الوجود هو أن يملك رقبة أو ثمنها أو ماقيمته قدر ثمنها من عرض أو غيره فمن لم يكن عنده الا أمة ظاهر منها فقد قال ابن القاسم لا يجزئه الصيام وكذلك روى عن مالك فمن يملك من العروض مايشترى به رقبة أو كانت له دار يسكنها ثمنها قيمة رقبة لا يجزئه الصوم لانه واجد لرقبة معناه مجزئة (مسئلة) والمظاهر الموسر يمكنه العتق فلا يعتق حتى يعدم فيصوم ثم يسر روى ابن المواز عن ابن القاسم ولم يسمعه منه انه قال يعتق وهذا عندى على وجه الاستحباب لان المؤدى لما يجب عليه من حق انما ينظر الى حاله يوم الاداء دون يوم الوجوب وكذلك من ضيع الصلاة وهو قادر على القيام فأراد أن يقضيها حال عجزه عن القيام أداها جالسا ثم ان قوى على القيام لم يلزمه قضاؤها قائما وكذلك من فرط في الصلاة مع امكان أدائها بالماء ثم قضاها بالتيمم لعدم الماء لم يلزمه قضاؤها ثانيا عند وجود الماء ويحتمل أن يريد به انه لما وجب عليه العتق تعلقت الرقبة بذمته فلما أعسر قبل العتق أمر بالصوم لانه أبلغ ما يمكنه بشرط ان أيسر بالرقبة التى قد تعلقت بذمته كان عليه اخراجها وحكم الأموال في ذلك غير حكم الأعمال والأول أظهر والله أعلم وقد قال بعض القرويين انما ذلك لمن وطئ فلزمته الكفارة بالعتق ليسره فلم يكفر حتى أعسر فصام فأما ان لم يطأ حتى أعسر فصام ثم أيسر فلا يؤمر بالعتق (مسئلة) ومن بدأ بالصيام لعسره وعدم الرقبة ثم أيسر روى ابن المواز قال مالك في الحالف والمتمتع اذا شرع في الصوم ثم أيسر لا يرجع الا أن يشاء وفرق بينه وبين الظهار وقتل النفس وسوى عبد الملك بينهما وقال اذا مضى له اليوم واليومان أحببت له الرجوع في التمتع والكفارة ومعنى ماقال ابن المواز من تفريق مالك بين الظهار واليمين ماروى زياد بن جعفر عن مالك أن من لم يجد رقبة عن ظهاره فصام يوما أو يومين ثم وجد رقبة فانه يعتق ولو صام النصف أو الثلث أو أياما لها اسم فانه يتم صيامه ولا يعتق وروى ابن عبد الحكم في المختصر الكبير أنه اذا صام يومين وقال أبو اسحق في الزاهي يوما ثم أفاد مالا قال يمضى ويجزئه ويعتق أحب الى قال الشيخ أبو بكر انما قال ذلك لان الله تعالى قال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فاذا دخل في الصوم وهو غير واجد للرقبة مضى في صومه وأجزأه كالمتيمم يرى الماء بعد التلبس بالصلاة فان قيل لم لا تلزمه العودة الى العتق كالمعتدة بالشهور اذا رأت الحيض انتقلت اليه فالجواب ان المعتدة لم تبطل عدتها الا انها تعتد بما مضى قرأ والواجد للرقبة لو أعتق لبطل ماتلبس به من صومه (مسئلة) ومن صام عن ظهاره لعدم الرقبة فافسد صومه بوطء امرأته بعد ان لم يبق عليه الا يوم واحد فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدنية ان وجد رقبة حين أفسد صومه يلزمه العتق ولا يجزئه الصوم ووجه ذلك ان الاعتبار بحاله يوم الاداء وهذا لما أبطل ماتقدم من صومه ووجب عليه الاستئناف كان هذا وقت أدائه فلما كان غنيا حين ابتداء الاداء لم يجزه الصوم (مسئلة) ومن قال كل مملوك أملكه الى عشر سنين حر ثم لزمه ظهار وهو موسر فان صبرت امرأته هذه العشر سنين فلا

يصوم وان لم تصبر وقامت به ففرضه الصيام رواه ابن سحنون عن أبيه

(فصل) وأما الصيام فصيام شهرين متتابعين والأصل في ذلك قوله عز وجل فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا وفي هذا حكمان أحدهما التتابع والثاني خلو الشهرين من مجامعة الزوجة المظاهر منها وتقدمها على ذلك فاما التتابع فان يتصل صيامها ولا يفصل بين شئ من ذلك فطر لغير عذر وقد قال ابن المواز من أفطر في سفره في صيام تظاهر ابتدأ وان أفطر لمرض بنى اذا صح والفرق بينهما ان المسافر لم يبح له الفطر لعجزه عنه وانما هو لتخفيف المشقة عليه والتتابع من باب المشقة وقد شرط عليه وأما المريض فانما أبيح له الفطر لعجزه عن الصيام كالحائض وكذلك من أفطر ناسيا لان الناسي معذور والله أعلم وقال الشافعي ان أفطر ناسيا أو مريضا ابتدأ الصيام والدليل على مانقوله ان هذا معنى لا يمكن الاحتراز منه ولم يوجد باختياره فلم يبطل التتابع كالاحتلام (مسئلة) ومن جامع في صيام ظهاره ناسيا ففي المدونة من رواية عيسى بن دينار عن ابن القاسم يستأنف الصوم وأما اذا فصل بينه زمن يمنع الصوم بالشرع فقد تقدم ذكره في كتاب الصيام

(فصل) وأما ماذكرناه من وجوب تقديم الصوم على المجامعة فهو لقوله تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا وذلك يوجب تمام صومهما قبل الملامسة والا لم يكن صائما لشهرين متتابعين من قبل أن يتماسا وان جامع في أثناء صومه ليلا أو نهارا المظاهر منها أو غيرها نهارا ابتدأ الصوم قاله في المختصر الكبير والمدونة خلافا للشافعي في قوله انه ان وطئها ليلا لم يبطل صيامه والدليل على مانقوله قوله تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فجعل ذلك شرطا في الصيام الواجب عليه الذي به يتخلص من حكم الظهار فمن جامع قبل أن يتم الصيام فلم يأت بصيام الشهرين قبل أن يتماسا فلم يبرأ بذلك من صوم الظهار كالواخذ بالعدد (مسئلة) ومن شرع في كفارة الظهار ثم طلقها قبل تمامها ثم تزوجها فانه يستأنف الكفارة من أولها فان تمادى على اتمامها فلا يخلو أن يكون طلاقها بائنا أو رجعيا فان كان بائنا فالمشهور من المذهب انه لا يجزئه وان تزوجها بعد ذلك استأنف الكفارة من أولها وروى ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه يجزئه التمادي بعد ان بانت منه اذا ابتدأ الكفارة وهو مجمع على امساكها وجه القول الاول انه أتى بالكفارة في وقت ليست له بزوجة فلم يجزه كما لو ابتدأ الكفارة بعد البينونة وانقضاء العدة ووجه القول الثاني ان للكفارة حكم الابتداء بها فاذا ابتدأها في وقت يصح فيه التكفير لم يمنع مايطرأ بعد ذلك كما لو ابتدأ الصيام معسرا ثم أيسر وهذا عندي معنى قول ابن نافع واحتجاجه في المدونة (مسئلة) ولو كان الطلاق رجعيا فالأفضل أن يرتجع ثم يكفر فان كفر قبل ان يرتجع وقبل أن تبين منه أجزأه قاله أشهب في الموازية وهذا اذا صام أو أطعم في العدة وقد بقي عليه شئ من ذلك فتمادى على صيامه فقد روى في المدنية محمد بن يحيى عن مالك انه ان أتم صيامه قبل انقضاء العدة أجزأه ولو بقي منه يوم واحد بعد انقضاء العدة لم يجزه وان صام لانها ليست له بزوجة فان تزوجها بعد ذلك استأنف الصيام من أوله وهذا اذا كانت الكفارة بصيام فان كانت باطعام فانقضت العدة قبل اتمامها فقد قال أشهب تبطل الكفارة فان تزوجها يوما ما استأنف الاطعام كله وقال أصبغ يبني على الاطعام ويبتدئ الصيام وجه القول الاول انها كفارة يبطلها تخلل الوطء فابطلها تخلل البينونة كالصيام ووجه القول الثاني ان الاطعام ليس من شرطه التتابع فلم يبطل بالبينونة بخلاف الصيام

(فصل) وقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا يقتضي ان جواز الاطعام مرتب على

العجز عن الصيام وعدم الرقبة وفي المدونة قيل لابن القاسم من هذا الذي لا يستطيع الصيام فقال هو عندي الشيخ الذي لا يقوى على الصيام من كبر أو ضعف فلو اطعم مع القدرة على الصوم لم يجزه لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فانما نقل الى الاطعام من لم يستطع (مسئلة) والذي يجزئه منه في الجنس على حسب ما تقدم في كفارة اليمين وأما القدر فانه يعود الى معنيين أحدهما الى عدد من يطعم والثاني الى قدر ما يطعم فاما عدد من يطعم فهم ستون مسكينا والأصل في ذلك قوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ولو أطعم ثلاثين مسكينا مدين مدين لم يجزه حتى يستكمل العدد وليطعم ثلاثين مسكينا ما يجزئ كل واحد منهم ويجزئه (مسئلة) وأما القدر فقد روى ابن حبيب عن مطرف أن مالكا كان يفتي في كفارة الظهار بمدين لكل مسكين ويكره أن يقال مد هشام وهذا يدل على انه ذكره أولا لما كان المستعمل بين الناس يبين به مقدار ما يلزم من ذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم على سبيل التقريب والتفسير كما يقول الانسان في بلده يجزئك من هذا المد كذا على سبيل التقريب فلما بلغه انه قد ظن به انه جعل ذلك مقدارا في نفسه أنكره وكرهه (فرع) اذا ثبت ذلك أو تلنا بتقديره بالمد فقد اختلف أصحابنا في مد هشام فقال ابن حبيب ان مد هشام الذي جعله لفرض الزوجة فيه مد وثلث وروى ابن القاسم انه مدان الا ثلث وروى البغداديون من أصحابنا عن معن بن عيسى انه مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم وهذا هو الصحيح عندي لوجهين أحدهما ان معن بن عيسى مدني فهو أعلم بذلك لطول مقامه بالمدينة مع ضبطه والثاني أن هذا المد موجود الى اليوم وهو كيل السراة وغيرها من بلاد العرب وهو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم لا شك فيه ولا مرية فقد شاهدت ذلك وباشرته وحققته وفي المدنية من رواية عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة انه يطعم في كفارة اليمين عن كل مسكين من الحنطة بقدر ما يطعم أوسط عياله في اليوم والليلة وكذلك في كفارة الظهار أيضا شبعه في اليوم والليلة وروى عيسى عن ابن القاسم يغديهم ويعشيهم أحب اليك أو يعطيهم حنطة في كلا الكفارتين فقال أحب الى مالك لو أعطاهم فان أطعمهم أجزأ عنه يطعمهم خبزا وإداما وهذا يقتضي مساواة كفارة الظهار لكفارة اليمين فيما يجزئ من الطعام ولو كان الأفضل والمستحب أن يزاد في كفارة الظهار ويبلغ المدين فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدنية اما الظهار فمد بمد هشام أو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم لانه جاء في الحديث فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم بمدين مدين وقد قال تعالى في كتابه اطعام ستين مسكينا وفي المبسوط عن ابن القاسم مثل ذلك في المدين عن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يقل فيه من أوسط فأفضل الشبع مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم أو مد بمد هشام والذي بينهما يسير قدر الثلث وأما كفارة اليمين فان الله تعالى قال فيه من أوسط ما تطعمون أهليكم قال مالك الوسط بالمدينة مد بمد النبي صلى الله عليه وسلم وأما البلدان التي يكفر فيها بالحنطة فالوسط من الشبع غداء وعشاء فوجه القول بتقديره بمدين من مد النبي صلى الله عليه وسلم انه اطعام لم يجب بمعنى يتعلق بالصوم ولانه كفارة يمين فكان الاطعام فيه بنفس الصاع كفدية الأذى ووجه القول الثاني ان الشرع لما ورد باطعام ستين مسكينا ولم يقدر ذلك وكان أهل المدينة قد اتفقوا على ان مد هشام موضوع لتقدير النفقات الموسعات أشار اليه مالك ليرى قدر ما يختاره من ذلك لما يتعلق به من التغليظ لقليل الذمة ومرتكب المحظور والله أعلم (فرع) وهذا لمن كانت الحنطة قوته فاما الشعير لمن أجزأه اخراجه أو التمر ففي المدونة أرى أن يطعم في الظهار من الشعير والتمر عدل شبع مد هشام من الحنطة والأظهر

عندى انه يلزمه من التمر والشعير مد بمد هشام أو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم على ما يلزمه من مكيلة القمح كزكاة الفطر والله أعلم (مسئلة) ومن صام عن ظهاره حين لم يجد رقبة فمرض فى أثناء الصيام فقد روى زياد بن جعفر عن مالك انه ان كان مرضه مما لا يطمع بالبرء منه فانه يطعم وان كان على غير ذلك انتظر ان يبرأ أو يبقى على ما كان صام وفى المدونة عن أشهب عن ابن القاسم انه ان طال مرضه واحتاج الى امرأته جاز له أن يطعم وان رجا البرء وجه القول الاول انه اذا كان مما يرجو البرء منه انتظر ذلك لانه من الموانع التى تعرض فى استدامة الصوم كالحيض يعرض للمرأة فى شهرى التتابع فلا يجزئه الاطعام وان كان لا يرجى فليس من أهل الصيام فكان فرضه الاطعام ووجه القول الثانى ان حصلت له المشقة بالحاجة الى أهله مع طول المرض وخوف العنت جاز له الانتقال الى الاطعام كالاعسار والله أعلم (مسئلة) وليس فى نص القرآن ذكر الكسوة فى كفارة الظهار بل ظاهره يقتضى انها مقصورة على العتق أو الصيام أو الاطعام وقد ذكر الشيخ أبو محمد فى نوادره قال وان كسا وأطعم عن كفارة واحدة قال ابن القاسم فى كتابه أسد وقال فى المجالس تجزئه وأظنه قول مالك وقال أشهب لا يجزئه. وأخرج من كتاب ابن المواز فيمن ظاهر من أربع نسوة فأطعم عن واحدة ستين مسكينا وكسا عن اخرى ستين مسكينا ثم وجد العتق فأعتق عن واحدة غير معينة ولم يقدر على رقبة الرابعة فليطعم أو يكسو ويجزئه قال الشيخ أبو محمد انظر قول محمد فى الكسوة ما أعرفه لغيره وانما ذكرته عن الشيخ أبى محمد ليكون أقوى فى المذهب فتحقق بهذا أن الكفارة فى الظهار تتنوع أربعة أنواع عتق وصيام واطعام وكسوة وكأنه ينوب بعضها عن بعض ويحتمل هذا عندى وجهين أحدهما انه من باب اخراج القيم فى الكفارات فتخرج الكسوة عن الطعام اذا كانت مثل قيمته أو أكثر وكان يجب على هذا أن لا يراعى قدر الكسوة والوجه الثانى أن تكون الكسوة لما نابت عن الاطعام فى كفارة اليمين على عدد واحد نابت ههنا عنه وغيرها من الكفارات وان ناب بعضها عن بعض فبعد مخالف فاختصت الكسوة بأنها من جنس الاطعام وقل من يقول به من العلماء والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه لا يجوز له الوطء فى أثناء اطعامه ومن شرط اطعامه تقديمه على وطء المظاهر منها خلافا للشافعى والدليل على ما نقوله ان هذه كفارة عن ظهار فكان حكمها أن تتقدم على الوطء كالعتق والصوم (مسئلة) وسواء وطئ ناسيا أو عامدا فانه يبطل ما تقدم من اطعامه ويجب عليه ابتداء اطعام آخر والاصل فى ذلك ما قدمناه من وجوب تقديم جميعه على الوطء ومعنى ذلك أن لا يتخلله وطء ص ﴿قال مالك فى الرجل يتظاهر من امرأته فى مجالس متفرقة قال ليس عليه الا كفارة واحدة فان تظاهر ثم كفر ثم تظاهر بعد أن يكفر فعليه الكفارة أيضا﴾ ش قوله فى الرجل يتظاهر من امرأته فى مجالس شتى ليس عليه الا كفارة واحدة وهذا على اطلاق النية دون تقييدها بالتكرار مع كون الظهار من جنس واحد مثل أن يقول لها أنت على كظهر أمى ثم يقول لها مثل ذلك فى ذلك المجلس أو مجلس آخر ونوى تأكيد القول الأول وتكراره أو لم ينو شيأ فليس عليه الا كفارة واحدة لانها يمين واحدة تكررت فى شىء واحد فكان اطلاقها يقتضى التأكيد كاليمين بالله تعالى (مسئلة) ولو نوى بالقول الثانى كفارة ثانية ففى كتاب ابن المواز تلزمه كفارة ثانية كاليمين بالله تعالى وهذا كله ما لم تلزمه الكفارة الأولى بالوطء فان وطئ ثم ظاهر منها مرة أخرى ففى مختصر ابن عبد الحكم عليه كفارة ثانية ووجه ذلك انه لما وقع الحنث بالوطء ولزمته الكفارة

* قال مالك فى الرجل يتظاهر من امرأته فى مجالس متفرقة قال ليس عليه الا كفارة واحدة فان تظاهر ثم كفر ثم تظاهر بعد أن يكفر فعليه الكفارة أيضا

كان ظهاره بعد ذلك ظهار مبتدأ له حكمه كالذي يحلف أن لا يدخل الدار مرارا ثم يدخلها لايجب عليه الا كفارة واحدة ولو حلف أن لا يدخلها فحنث بدخولها ثم حلف مرة أخرى أن لا يدخلها كانت اليمين الثانية غير الأولى يجب فيها من الكفارة بالحنث غير مايجب بالأولى (فرع) اذا قلنا ان تكرار الظهار بمعنى تكرر الكفارة يوجب تقدم ذلك من الكفارات فان أدى كفارة واحدة فان الشيخ أبا محمد كان يقول لا يحل له وطؤها حتى يكفر جميع الكفارات وقال الشيخ أبو الحسن والشيخ أبو عمران اذا كفر كفارة واحدة حل له وطؤها فان امتنع من وطئها من أجل سائر الكفارات كان موليا منها قال الشيخ أبو عمران لان سائر الكفارات نذر (مسئلة) ولو شرع في الكفارة عن ظهاره فلم يتمها حتى ظاهر مرة أخرى ففي كتاب محمد يبتدئ الكفارة من الظهار الثاني و يجزئه وقيل بل يتم الأول ثم يبتدئ وقال محمد هذا أحب الى اذا بقي اليسير منها وأما ان مضى يومان أو ثلاثة فيبتدئ و يجزئه لهما وفي العتبية عن أصبغ انه يجوز له أن يبتدئه الآن سواء صام من الأولى يسيرا أو كثيرا وجه قولنا بالاجزاء انها كفارة مقدمة على الحنث فاذا ظاهر منها وشرع في الكفارة ثم أردف ثانيا من جنس الأول سقط حكم الأول وثبت الثاني وتفارق اليمين بالله بان كفارتها اذا شرع فيها بعد الحنث لم يمكن اسقاطها فاذا كررت يمين أخرى كان لها حكمها كالأولى ولو لزمت في الظهار الكفارة الأولى فحنث ثم ظاهر بعد ذلك ظهارا آخر لكانت فيه كفارتان وذلك مثل أن يقول ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي فحنث ثم قال بعد ذلك أنت علي كظهر أمي ففي هذا كفارتان قاله أصبغ في العتبية وغيرها فوزان هذه المسئلة من اليمين أن يكفر قبل الحنث على رواية تجوز ذلك ثم يشرع في الصيام فيحلف في ذلك ثانية ثم يريد أن يكفر فانه تجزئه كفارة واحدة يبتدئها ووجه الرواية الثانية ان هذه يمين شرع في تكريرها فاذا كررت بعد ذلك كان الظاهر انها يمين مستأنفة كالونوى بيمينه الثانية كفارة ثانية والأول أكثر في المذهب وأظهر * قال القاضي أبو الوليد والقولان عندي مبنيان على قولنا بوجوب الكفارة بالعودة أو على قولنا بصحة الظهار للعودة فاذا قلنا تجب بالعودة فانه اذا ظاهر مرة أخرى يلزمه اتمام ماوجب عليه بالعودة الأولى ثم يستأنف الكفارة الثانية واذا قلنا لم تجب عليه بالعودة فانه يجوز له تركها متى شاء فاذا ظاهر بعد الشروع فيها فقد ترك الكفارة الأولى وتلزمه الثانية وكان بمنزلة من أتى بلفظ الظهار دون أن يشرع في الكفارة وقد رأيت نحوه لابي القاسم بن الكاتب

(فصل) وقوله فان تظاهر ثم كفر ثم تظاهر بعد أن يكفر فعليه الكفارة أيضا على حسب ماقال لأنه اذا ظاهر بعد أن أتم الكفارة فانه لا بد لذلك الظهار من كفارة لان الكفارة الأولى ليست بكفارة عما يأتي بعدها من الايمان وانما هي كفارة لما تقدم قبلها ككفارة اليمين بالله تعالى ص * قال مالك ومن تظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر ليس عليه الا كفارة واحدة ويكف عنها حتى يكفر ويستغفر الله * قال مالك وذلك أحسن ماسمعت * ش قوله من تظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر انه ليس عليه الا كفارة واحدة لايقتضي اباحة ذلك بل هو محظور لقوله تعالى فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا لكنه من اجترأ ووطئ قبل أن يكفر فقد تقرر عليه وجوب الكفارة وليس عليه غيرها لان ظهاره واحد فتجب به كفارة واحدة لكن من حكمها تقدمها على الوطء فاذا وجد الوطء قبلها لم يؤثر ذلك في اسقاط الكفارة ولا في الزيادة عليها وذلك أن للكفارة بعد وجوب التظاهر ثلاثة أحوال حالة لا تجزىء فيها الكفارة وهي قبل العودة فمن كفر

* قال مالك ومن تظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر ليس عليه الا كفارة واحدة ويكف عنها حتى يكفر ويستغفر الله قال مالك وذلك أحسن ماسمعت

حينئذ فهل تجزئه كفارته تلك أم لا روى سحنون عن أبيه أن المتظاهر يكفر بعد نية العودة لكن يريد أن يطلقها أو يقول ان راجعتها حلت لى بغير ظهار لا تجزئه حتى ينوى العودة قال وهو قول أكثر أصحابنا ان من كفر بغير نية العودة لم يجزه وقد رأيت للشيخ أبى عمران أن ابن القاسم لا يراعى العودة وانما يراعى ذلك ابن الماجشون وسحنون فعلى هذا يجوز على قول ابن القاسم أن يكفر قبل العودة ولذلك قال ابن سحنون فى المنع من ذلك انه قول أكثر أصحابنا وأما الحالف بالظهار ان فعل كذا فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم لا يجزئه أن يكفر قبل الحنث كمن حلف بالطلاق أن لا يفعل كذا لا يقدم الطلاق قبل الحنث ولو حلف ليفعلن كذا بطلاق أو ظهار فان له تقديم الكفارة والطلاق قبل الحنث وهذا لان الحالف ليفعلن على حنث من وقت يمينه فلا يقال فيه على الحقيقة كفر قبل الحنث وانما يريد بذلك قبل أن يفوته الذى حلف ليفعلنه والله أعلم (مسئلة) والحالة الثانية اذا وجدت العودة قبل أن يوجد الوطء فان الكفارة فى هذه الحال مجزئة وليست بلازمة رواه ابن القاسم وأشهب عن مالك وقال لو طلقها أو ماتت سقطت عنه الكفارة ولو شرع فيها لسقط عنه باقيها الا أن يتزوجها بعد الطلاق فتثبت الكفارة ثانية وروى ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه اذا أجمع على العودة لزمته الكفارة وان مات أو طلقها قال ابن عبد الحكم أخبرنيه أشهب عن مالك وبه قال أصبغ (مسئلة) والحالة الثالثة بعد الوطء فانها حالة يتقرر فيها وجوب الكفارة وكذلك لو ماتت أو طلقها لزمه اخراج الكفارة على كل حال ولو كان شرع فيها قبل أن يموت أو طلقها لزمه اتمامها

(فصل) وقوله ويكف عنها حتى يكفر ويستغفر الله دليل على انه قد أتى المحظور من تقديم المسيس قبل الكفارة فيجب أن يتوب من ذلك ولا يستديمه بل يستغفر الله تعالى مما تقدم منه (مسئلة) وللمرأة أن تمنعه نفسها قبل أن يكفر ويحول السلطان بينه وبينها ويؤدبه ان أراد ذلك قاله ابن القاسم فى المدونة ووجهه انه أراد ارتكاب المحظور المزجور عنه فوجب ردعه عنه بالأدب وفى المدونة ويكون معها فى البيت ويدخل عليها بالاذن اذا أمنت ناحيته ص ﴿ قال مالك والظهار من ذوات المحارم من الرضاعة والنسب سواء قال مالك وليس على النساء ظهار ﴾ ش وهذا كما قال ان الظهار لازم من جميع ذوات المحارم فمن حرمت عليه بارضاعة أو النسب ولم يذكر تحريم المصاهرة لام زوجته وزوجة أبيه ويجب أن يكون حكمهن حكم من ظاهر لانهن ممن حرم عليه على التأبيد وفى المبسوط والمدونة عن ابن القاسم فان ظاهر من صهر فهو مظاهر فى رأيى لان الله تعالى قال ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء (مسئلة) ومن قال لامرأته انت على كظهر أمى أو ابنى أو رجل من الناس فهو ظهار رواه ابن زيد عن عيسى بن دينار وعن يحيى بن يحيى عن ابن نافع ووجه ذلك انه شبه امرأته بظهر من هو عليه كذوات المحارم وأشد تحريما فلزمه الظهار كما لو شبهها بظهر بهيمة وكذلك من قال لزوجته أنت على كبعض من حرم القرآن (مسئلة) وأما من قال لامرأته أنت على كظهر من تحل له من امائه وأزواجه فليس بظاهر قاله الشيخ أبو اسحق ووجه ذلك انه انما شبهها بمباحة فبقيت على حكم الاباحة

(فصل) وقول مالك ليس على النساء ظهار يريد انه لا يلزمهن أن يظاهرن من الأزواج لان التحريم ليس اليهن وانما التحريم الى الأزواج كالطلاق ولو طلقت المرأة زوجها لم يكن له حكم الطلاق وأصل هذا قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فعلق الحكم بالرجال فى نسائهم وبالله

﴿ قال مالك والظهار من ذوات المحارم من الرضاعة والنسب سواء ﴿ قال مالك وليس على النساء ظهار

تعالى التوفيق ض ﴿ قال مالك فى قول الله تبارك وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا قال سمعت أن تفسير ذلك أن يتظاهر الرجل من امرأته ثم يجمع على امساكها واصابتها فان أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفارة فان طلقها ولم يجمع بعد تظاهره منها على امساكها واصابتها فلا كفارة عليه قال مالك فان تزوجها بعد ذلك لم يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر ﴾ ش قوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم قال مالك النساء واقع على الاماء الحرائر والاماء الزوجات والسرارى واحتج على ذلك بقوله تعالى وأمهات نسائكم وهذا عام فى الزوجات والسرارى

(فصل) وقوله عز وجل ثم يعودون لما قالوا قال مالك ان تفسير ذلك يعنى العودة أن يجمع بعد الظهار على امساكها واصابتها هذا الذى ذكره فى الموطأ وعليه أكثر أصحابه وقد قيل عنه غير ذلك مما سنبينه ان شاء الله تعالى وأصل هذا أن العلماء اختلفوا فى الكفارة بماذا تتعلق فذهب مالك ومعظم الفقهاء الى أنها تتعلق بشرطين وجود الظهار والعودة وقال مجاهد والثورى تجب بنفس الظهار دون شرط آخر والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فعلق الكفارة بالظهار والعودة فمن قال انما تجب بنفس الظهار دون العودة فقد خالف النص لان الحكم متى علق على صفتين كان الظاهر انهما شرطان فى ثبوته كما لو قال رجل من أسلم وشرب الخمر فاجلدوه كان الظاهر أن الوصفين شرطان فى وجوب الجلد (مسئلة) اذا ثبت أن العودة شرط تتعلق به الكفارة كالظهار فاختلف العلماء ماهى ولمالك فى ذلك ثلاثة أقوال قال الشيخ أبو القاسم احدى الروايتين العزم على امساكها والثانية العزم على وطئها وقد ذكر فى الموطأ الأمرين جميعا ويقتضى قوله هذا أن افراد كل واحد منهما بالعزم عليه عودة * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهما عندى راجعان الى معنى الامساك لان من عزم على الوطء فقد عزم على امساكها الى أن يطأ وليس من شرط العزم على الامساك أن ينوى امساكها أبدا بل لو عزم على امساكها سنة لكان عازما على الامساك وأما العزم على الوطء قال أحمد بن حنبل روى عن مالك أبو القاسم بن الجلاب وغيره رواية أخرى ان العزم هو نفس الوطء وبه قال الحسن والزهرى وطاوس قال الشافعى أن يمضى من الزمان مدة يمكنه فيها ايقاع الطلاق فلا يوقعه والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا وثم تقتضى المهلة فدل ذلك على أن العودة تكون بعد ايقاع الظهار بمهلة ووجه آخر وهو أن قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا يقتضى أن تكون العودة من فعل المظاهر إما عزم وإما غيره و إما أن تكون بمضى الزمان وترك طلاق فهو عدول عن الظاهر ومن جهة المعنى ان هذه كفارة يمين فجاز أن يتأخر وجوبها عن اليمين أصل ذلك كفارة اليمين بالله تعالى (مسئلة) فاذا قلنا ان العودة تتقدم وتتأخر فذهب داود الى أن العودة هى اعادة لفظ الظهار والدليل على ما نقوله ان الكفارة انما تجب فى الايمان بمخالفة اليمين ومن ظاهر اقتضى ظهاره تحريم زوجته فاذا أراد استباحتها فقد عاد فيما ترك ورجع الى الوطء الذى حرم وفى مثل هذا يقال عاد فلان لكذا والى كذا اذا كان قد تركه وحرمه ثم رجع اليه ولذلك يقال عاد فلان لشرب الخمر اذا كان قد أظهر التوبة منه ثم رجع اليه ولو كان التلفظ بالظهار ثانيا يوجب الكفارة لاوجبها الاول فلما لم يوجبه الاول لم يوجبه الثانى لانهما من جنس واحد لفظا ومعنى وقد قال بعض أصحابنا ان قوله تعالى والذين يظاهرون من

* قال مالك فى قول الله تبارك وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا قال سمعت أن تفسير ذلك أن يتظاهر رجل من امرأته ثم يجمع على امساكها واصابتها فان أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفارة وان طلقها ولم يجمع بعد تظاهره منها على امساكها واصابتها فلا كفارة عليه * قال مالك فان تزوجها بعد ذلك لم يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر

نسائهم ثم يعودون مثل قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا لا يصح أن يراد بالفيئة ههنا اعادة الايلاء فكذلك لا يصح أن يراد بالعودة اعادة الظهار وقال الأخفش تقديره والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون فتحرير رقبة لما قالوا والله أعلم من أجل ما قالوا

(فصل) وقوله فان أجمع على ذلك فقد وجبت الكفارة عليه يقتضى وجوبها بنفس العزم وهذا يحتمل معنيين أحدهما أن يجب عليه وجوبا متقررا كوجوب الكفارة بعد الحنث الذى لا يخرج منه الا بالاداء والثانى أن لا يجب بالعودة وانما يكون شرطا فى استباحة الوطء كالطهارة التى لا تجب لنفسها وانما تجب على من أراد صلاة أو مس مصحف لاستباحة ذلك وقد روى عن مالك ما يدل على المعنيين ففى كتاب ابن المواز عن عبد الله بن عبد الحكم قال مالك وعبد العزيز بن أبى سلمة ان معنى قول الله سبحانه ثم يعودون لما قالوا انه ارادة الامساك والوطء فاذا أجمع على ذلك لزمته الكفارة ان ماتت أو طلقها وقد تقدم ذكره فهذا على المعنى الاول وأما على المعنى الثانى وهو الأظهر من مسائل أصحابنا وأقوالهم واليه ذهب أبو حنيفة وقد روى ابن القاسم وأشهب انه اذا أجمع على الامساك ثم صام بعض الكفارة ثم بانت منه انه لا شئ عليه فان نكحها يوما ابتدأ ولو تقرر وجوبها لم تسقط عنه بذلك ألا ترى انه لو وطئ ثم بانت منه أو طلقها لم تسقط عنه الكفارة لما تقرر وجوبها عليه بالوطء

(فصل) وقوله وان طلقها ولم يجمع بعد تظاهره منها على امساكها واصابتها فلا كفارة عليه يدل على رواية ابن عبد الحكم أن الكفارة لم تجب بعد عزم الاجماع على الامساك ويقتضى ان الاجماع على الامساك عودة أما على رواية ابن القاسم فى أن الطلاق بعد العودة يسقط الكفارة ويسقط التمادى على ما قد شرع فيه منها فانه لا معنى لاشتراطه أن لا يجمع على الامساك قبل أن يطلقها .

(فصل) وقول مالك فان تزوجها بعد لم يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر يقتضى بقاء حكم الظهار وهو المنع من المسيس قبل الكفارة ويقتضى قوله ان الاجماع على الامساك عودة ص ﴿ قال مالك فى الرجل يتظاهر من أمته انه ان أراد أن يصيبها فعليه كفارة الظهار قبل أن يطأها ﴾ ش قوله ان أراد من تظاهر من أمته أن يصيبها فعليه كفارة الظهار يقتضى تعلق الظهار بالأمة كتعلقه بالزوجة خلافا للشافعى وقد تقدم وقد قال الشافعى فيمن تزوج أمة فظاهر منها ثم اشتراها انه لا يطؤها بملك اليمين حتى يكفر وهذا يدل على أن للظهار تأثيرا فى تحريم الوطء ولولا ذلك لوجب أن تحل له بملك اليمين ص ﴿ قال مالك لا يدخل على الرجل ايلاء فى تظاهره الا أن يكون مضارا لا يريد أن يفئ من تظاهره ﴾ ش قوله لا يدخل على الرجل ايلاء فى تظاهره يريد أن يكون تظاهرا غير معلق بصفة وان علقه بصفة مثل أن يقول ان لم أفعل كذا وكذا فانه يضرب له أجل الايلاء من يوم رفعه الى السلطان ويلزمه حكم المولى لان الوطء ممنوع محرم عليه حتى يفعل ما علق يمينه به فاذا كان ممتنعا من الوطء لاجل يمينه بالظهار ولم تكن اليمين مباشرة للمنع من الوطء لم يدخل عليه الايلاء الا اذا طالبته الزوجة بذلك ورفعته فيضرب له السلطان من ذلك اليوم أجل المولى (مسئلة) وأما اذا كان الظهار مطلقا غير معلق بصفة فلا يدخل عليه بمجرد الظهار لان يمينه لم تباشر المنع من الوطء وانما تحريم الوطء حكم من أحكامه كالطلاق الرجعى

(فصل) وقوله الا أن يكون مضارا لا يريد أن يفئ من تظاهره معنى ذلك أن يجد الكفارة فلا يكفر قاله مالك فى المبسوط قال مالك واذا لم يتبين ضرره لم يوقف الا أن يطول ذلك وروى أشهب

* قال مالك فى الرجل يتظاهر من أمته انه ان أراد أن يصيبها فعليه كفارة الظهار قبل أن يطأها

* قال مالك لا يدخل على الرجل ايلاء فى تظاهره الا أن يكون مضارا لا يريد أن يفئ من تظاهره

عن مالك فى المتظاهر لايجد مايعتق ولايقدر على الصيام ولايجد مايطعم فلامخرج له وليكف عن أهله حتى يجد مايكفر به يريد ولاحجة لها فى هذا ثلاثة أحوال أحدها أن يتبين ضرره فيدخل عليه الايلاء والثانية أن لايتبين ضرره ولاعذره فلا يدخل عليه أجل الايلاء بطول المدة والحالة الثالثة أن يتبين عذره فلا يدخل عليه ايلاء جملة (مسئلة) واختلف قول مالك فى أجل الايلاء ففى المدونة يبتدأ له أجل المولى عند مايرى الناس من اضراره ثم يجرى بحساب المولى تأول بعض القرويين على أنه يضرب له الأجل من يوم يتبين ضرره وفى كتاب محمد أجله من يوم التظاهر ولذلك اختصر بعض المختصرين مسئلة المدونة والذى عندى أن القولين فى المدونة وقد بينته فى شرح المدونة والله أعلم ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة انه سمع رجلا يسأل عروة بن الزبير عن رجل قال لامرأته كل امرأة أنكحها عليك ماعشت فهى على كظهر أمى فقال عروة بن الزبير يجزئه عن ذلك عتق رقبة ﴾ ش قال ابن مزين قلت لعيسى بن دينار أرأيت معنى هذا أى أول امرأة يتزوجها عليها فانه يعتق عنها رقبة ثم ان تزوج بعد ذلك فلاشئ عليه قال نعم هو معنى قوله وبه آخذ وهو قول مالك بمنزلة من تظاهر من نسوة له فى كلمة واحدة فليس عليه الا كفارة واحدة يجزئ بها عنهن وقال يحيي بن يحيي عن نافع بن نافع لست آخذ به ولكنى أرى انه قد تظاهر من كل امرأة ينكحها عليها فكلما نكح امرأة كفر عنها قبل أن يمسها كفارة عن كل امرأة ومثله فى كتاب ابن الموازفيمن قال كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى فانه تلزمه كفارة عن كل امرأة يتزوجها أبدا وفى العتبية عن مالك من رواية ابن القاسم مثل مافى الموطأ ممن قال كل امرأة أتزوجها عليك ماعشت فهى على كظهر أمى يجزيه فى ذلك كفارة واحدة والله أعلم وأحكم

﴿ ظهار العبد ﴾

ص ﴿ مالك أنه سأل ابن شهاب عن ظهار العبد فقال نحو ظهار الحر * قال مالك يريد انه يقع عليه كما يقع على الحر ﴾ ش وهذا كما قال ان ظهار العبد كظهار الحر فى لزومه وتعلق أحكامه به على مافسره مالك رحمه الله من انه يقع عليه كما يقع على الحر والاصل فى ذلك قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا الآية ولم يفرق بين الأحرار والعبيد ولايجوز ان يقال ان العبد لما لم يكفر بالعتق ليس من أهل الظهار ولا مخاطبا بالآية كما لايجوز أن يقال ذلك فى المعسر الضعيف عن الصيام ولأنه قد قال تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين والعبد ليس بواجد للرقبة فيصوم شهرين فحكمه ثابت بالآية ص ﴿ قال مالك وظهار العبد عليه واجب وصيام العبد فى الظهار شهران ﴾ ش قوله ان ظهار العبد عليه واجب يريد انه يلزمه ويثبت فى حقه حكمه وقوله وصيامه فى الظهار شهران يريد أن حكمه فى قدر الصيام حكم الحر لأن صيامه على وجه الكفارة والكفارات يستوى فيها حكم الاحرار والعبيد كسائر الكفارات وأما العتق فلايثبت فى حقه لوجهين أحدهما انه محجور عليه فى ماله والثانى ان الولاء لايثبت له فأما الحجر عليه فان المحجور عليه على ضربين أحدهما أن يحجر عليه لحق نفسه كالسفيه المولى عليه فهذا يلزمه الظهار كما يلزمه الطلاق وأما الذى يجب عليه به فاختلف أصحابنا فى ذلك ففى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب أن له أن يعتق بغير اذن وليه ان كان مليا وان لم يكن له الا رأس لم أحب له الا الصيام وقال أصبغ فى الموازية لايجزئه الا العتق ان كان له مال فان لم يكن له مال صام

* وحدثنى عن مالك عن هشام بن عروة انه سمع رجلا يسأل عروة بن الزبير عن رجل قال لامرأته كل امرأة أنكحها عليك ماعشت فهى على كظهر أمى فقال عروة بن الزبير يجزئه عن ذلك عتق رقبة

﴿ ظهار العبد ﴾

* حدثنى يحيي عن مالك أنه سأل ابن شهاب عن ظهار العبد فقال نحو ظهار الحر * قال مالك يريد أنه يقع عليه كما يقع على الحر * قال مالك وظهار العبد عليه واجب وصيام العبد فى الظهار شهران

ولا يمنع من الصوم فان أبى فهو مضار وروى ابن نافع عن مالك يرفع ذلك الى السلطان فان رأى العتق خيراله من فراق أهله أعطاه رقبة يكفر بها وان رأى ذلك خيرا فرق بينه وبين امرأته ولا يصوم ومن المدنية قال ابن المواز ان لم يرله وليه الكفارة بالعتق كفر هو بالصوم فقول ابن وهب مبنى على أصلين أحدهما ان ما تقرر وجوبه بالشرع من حقوق الله ليس مصروفا أداؤه الى اذن الولى فاذا أخرجه المولى عنه نفذ اخراجه وأجزأ عنه كزكاة ماله والوجه الثانى ان منع الولى من العتق على وجه صحيح من النظر يقوم مقام عدم الرقبة فى جواز الانتقال الى الصوم وقول مالك مبنى على ان للسلطان النظر فى ذلك لما كان الخروج عن هذا الحق يصح بوجهين كان له النظر فى أرشدهما وعلى ان منع السلطان من العتق لا يبيح الانتقال الى الصوم مع وجود الرقبة وانما له النظر فى أرشد الامرين العتق عنه أو الطلاق عليه وقول ابن المواز مبنى على ان للولى النظر فى انفاذ العتق أو منعه واذا منع منه قام ذلك مقام عدم الرقبة فانتقل الى الصوم (مسئلة) وأما المحجور عليه لحق غيره كالعبد فانه لا تجوز له الكفارة بالعتق لمعنيين أحدهما حق السيد والثانى ان الولاء لا يثبت وذلك يمنع وقوع العتق عنه وعن مالك فى المدونة والمبسوط لا يجزئه العتق وان أذن له السيد فيه لأنه لا يكون له الولاء وقد قال عبد الملك بن الماجشون لا يكفر بالعتق لأن الولاء لسيده (مسئلة) فاذا قلنا لا يجوز له العتق وان فرضه الصيام فهل لسيده أن يمنعه منه أم لا ففى كتاب ابن المواز روى ابن القاسم عن مالك لأهله منعه اذا أضر ذلك بهم فى خدمته وعمله واذا لم يضر ذلك بهم وانما قصد الضرر فوا بينه وبين أهله أجبروا على ذلك وقال ابن الماجشون ليس لسيده منعه من الصوم وان أضر ذلك به فى عمله وقاله محمد بن دينار فى المدنية وقال لو شاء سيده لم يأذن له فى النكاح وجه قول مالك انه معنى أدخله على نفسه فليس له أن يدخل على نفسه ما يضر بسيده فى عمله كحقوق الآدميين ووجه قول ابن الماجشون ان هذا صوم قد ثبت عليه فلم يكن لسيده منعه كالفرض ولأن هذا من أحكام النكاح التى قد ملكها بالنكاح فلا يكون لسيده منعه الا مما يتعلق بماله (فرع) فاذا قلنا بقول مالك له منعه اذا أضر ذلك به ففى كتاب ابن سحنون عن مالك ان كان يؤدى الخراج لم يكن له منعه فان قوى على صومه وعمله فلا يمنع ووجه ذلك ما قدمناه (فرع) فاذا كان يضر بعمله وسوغنا للسيد منعه من الصوم فقد قال ابن القاسم ان منعه سيده الصيام وأذن له فى الاطعام أجزأه قال مالك فى المبسوط ان أذن له سيده فى الاطعام فالصيام أحب الىّ منه قال ابن القاسم لا أدرى ما هذا وليس يطعم أحد يستطيع الصيام ولا أرى جواب مالك فى المسئلة الا وهما ولعله أراد كفارة اليمين قال القاضى أبو اسحق معناه أن لا يقدر على الصوم فيقول الاطعام يجزئه وليس يستحسنه لأن للسيد التصرف فيه قبل أن يخرجه الى المساكين ويحتمل عندى أن يكون معنى ذلك أن الصوم يضر به فى عمله فللسيد منعه منه على قول مالك ويأذن له فى الاطعام فالصيام كان أفضل ان يأذن له فيه ويحتمل أن يريد به انه لا يصوم الا باذن السيد ولا يطعم الا باذن السيد فالصيام أحب اليه أن يأذن فيه لأنه لا يقدر السيد أن يتموله قبل انفاذه ويقدر على ازالة المال منه قبل انفاذه وقال ابن الماجشون ولأنه لو شاء رجع عن اذنه وفى المدنية قال محمد بن ابراهيم بن دينار ليس على العبد المتظاهر عتق ولا اطعام ولو كان يجد ما يطعم ويعتق ولكن يصوم وقال ابن الماجشون فى المبسوط لا يطعم لان اذن السيد لا يخرج الاطعام من ملك السيد الا الى المساكين قال الشيخ أبو محمد يريد أن ملك العبد غير مستقر ولفظه يقتضى

غيرهذا لانه اذا كان ملكه غير مستقر عليه لم يوجب ذلك أن يكون من مال السيد وانما يقتضي قول ابن الماجشون هذا ان العبد لا يملك انما يملك ما يضاف اليه من مال سيده وجه رواية ابن القاسم ان العبد يملك ما يطعم وليس في الاطعام معنى يراعى غير اذن السيد لانه ممنوع لحق السيد فاذا أذن فيه السيد جاز كالصوم ووجه قول ابن الماجشون ماقدمناه ص ﴿ قال مالك في العبد يتظاهر من امرأته انه لا يدخل عليه ايلاء وذلك انه لو ذهب يصوم صيام كفارة المتظاهر دخل عليه طلاق الايلاء قبل أن يفرغ من صيامه ﴾ ش وهذا كما قال ان العبد لا يدخل عليه ايلاء بنفس الظهار ولا بالتوقيف لان صيامه شهران وأجله في الايلاء شهران فان أفطر ساهيا أو لمرض يقضي أجل الايلاء قبل تمام الكفارة ولا يجوز أن يضرب أجل الايلاء على هذا وهذا القول من مالك يحتمل وجهين أحدهما انه لا يضرب له أجل الايلاء بوجه ولو أذن له سيده في الصوم لان صومه لا ينقضي حتى ينقضي أجل الايلاء وتعليل مالك في الموطأ يقتضي غير هذا غير اني لا أعلم أحدا من أصحابنا قال بذلك ولا يوجد لمالك على هذا التفسير ولعله أراد ان هذا من بعض ما يعتذر به العبد في رفع أجل الايلاء عن نفسه والثاني أن يريد العبد الصوم ويمنعه منه سيده لانه يضر به فان في ذلك عذرا للعبد يمنع دخول الايلاء عليه وبه قال أصبغ وقد روى ابن القاسم عن مالك لا يدخل على العبد ايلاء الا أن يكون مضارا لا يريد أن يفيء أو يمنعه أهله الصيام بأمر لهم فيه عذر فهذا يضرب له أجل الايلاء ان رافعته امرأته فمعنى ذلك ان الأجل انما يضرب بالشرع في الكفارة اذا امتنع منها وكذلك اذا منعه منه أهله فانما يضرب له الأجل ليبيح أهله له في أثناء ذلك التكفير بالصيام وأما أصبغ فلم ير منع أهله من الصيام ضررا يدخل عليه به الايلاء لانه ليس من قبله وانما هو حق يملكه غيره كما لا يدخل على الحر الايلاء بترك عتق عبد لا يملكه والله أعلم

﴿ ماجاء في الخيار ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة أم المؤمنين انها قالت كان في بريرة ثلاث سنن فكانت احدى السنن الثلاث أنها أعتقت فخيرت في زوجها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تفور بلحم فقرب اليه خبز وادام من ادام البيت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم فقالوا بلى يارسول الله ولكن ذلك لحم تصدق به على بريرة وأنت لا تأكل الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو عليها صدقة وهو لنا هدية ﴾ ش قول عائشة رضي الله عنها كان في بريرة ثلاث سنن تريد ثلاثة أحكام مشروعة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت أسبابها مختصة ببريرة وفي هذا ما يدل على أن تحفظ أسباب الأحكام مما اهتبل به الصحابة رضي الله عنهم ونقله عنهم العلماء لان ذلك عون على فهم معنى الحكم وعمومه أو خصوصه ووجه تعلقه بمن تعلق به من اختصاص به أو تعد الى غيره وفيه عون على حفظ الأحكام واستدامة حفظها

(فصل) ثم فسرت ذلك فقالت ان احدى السنن الثلاث انها أعتقت فخيرت في زوجها ومعنى ذلك انها كانت أمة وكان زوجها عبدا اسمه مغيث كذلك روى ابن عباس رضي الله عنه فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في البقاء معه على حكم الزوجية أو المفارقة ولا خلاف في ذلك اذا كان الزوج عبدا لان الحرية رتبة أرفع من رتبة الرق وليس للعبد أن يتزوج حرة الا أن يبين لها أمره

قال مالك في العبد يتظاهر من امرأته انه لا يدخل عليه ايلاء وذلك انه لو ذهب يصوم صيام كفارة المتظاهر دخل عليه طلاق الايلاء قبل أن يفرغ من صيامه

﴿ ماجاء في الخيار ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة أم المؤمنين انها قالت كان في بريرة ثلاث سنن فكانت احدى السنن الثلاث انها أعتقت فخيرت في زوجها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تفور بلحم فقرب اليه خبز وادام من ادام البيت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم فقالوا بلى يارسول الله ولكن ذلك لحم تصدق به على بريرة وأنت لا تأكل الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو عليها صدقة وهو لنا هدية

ولو غرها ثم اطلعت على أنه عبد لكان لها مفارقته فلما تزوج العبد أمة وكانت من نسائه مساوية له في الرتبة لم يكن لها اختيار ما كانت رقيقا مثله فاذا ارتفعت رتبتها بالحرية كان لها أن تفارقه لنقصه عن رتبتها أو تقيم معه (مسئلة) وان كانت مدخولا بها فقد اختلف قول مالك فيه فقال مرة ليس لها أن تطلق نفسها الا واحدة هذا الذي ذكره في المدونة وأكثر الكتب وفي المدنية أن قوله الاول لها ايقاع أكثر من ثلاث روى عبد الرزاق بن دينار عن محمد بن يحيي قال مالك اذا أعتقت الأمة تحت عبد كان لها أن تطلق نفسها أكثر من تطليقة واحدة قال محمد بن يحيي وقد قال ليس لها ذلك قال عيسى بن دينار قال ابن القاسم بقول مالك الاول لها ذلك وفي المبسوط من رواية أبي ثابت عن ابن القاسم ثنتين لان ذلك جميع طلاق العبد ولعله مما أصلحه أبو ثابت والقاضي أبو اسحاق على أن لقوله ثلاثا وجها سائغا سنبينه ان شاء الله تعالى فوجه قوله انه لا يملك الا طلقة بائنة ان عدد الطلاق انما هو حكم مختص بالأزواج ولما حصل للزوجة ما تملك به نفسها وجب أن تكون طلقة بائنة ولو كانت تملك عدد الطلاق لكانت الواحدة رجعية والطلاق الواجب بالشرع هو بائن وان عرا عن العوض ووجه الرواية الثانية أن جهة الزوجة لما انتقل اليها الطلاق انتقل اليها العدد وكانت جهة حرية فكملت فيها الثلاث ويبين هذا أن زياد بن جعفر روى عن مالك أنه ان طلقها طلقة أو طلقتين فانها أملك لنفسها وهو خاطب من الخطاب فلم يحرمها عليه بالثنتين فدل ذلك على انها لا تبين الا بالثلاث وروى محمد بن يحيي الشيباني عن مالك في المدنية كانت تحت عبد فطلقها ثم أعتقت في عدتها فاختارت نفسها فقد بانت منه لان طلاق العبد ثنتان فثبت ان في المسئلة روايتين قال محمد ولو اختارت نفسها ولا نية لها كانت واحدة بائنة ومعنى ذلك ان اللفظ اذا كان موضوعا للطلقة الواحدة وصح أن يوقع به الثلاث فان اطلاقه يقتضي الواحدة كقول الزوج أنت طالق وفي المبسوط انه طلاق وليس بفسخ (مسئلة) واذا كان الزوجان نصرانيين وسيدهما مسلمين كان ذلك حكمهما قاله أشهب في العتبية والموازية لان السيد لما كان له تعلق بالفرقة من استباحة الأمة بملك اليمين كان الحكم بين مسلم وكافر فاجرى على حكم الاسلام وروى عن أصبغ انه قال وكذلك لو كان السيد نصرانيا وأنكره سحنون وقال لا يعرض لهم (مسئلة) واذا كان نصف الأمة حرا فأعتقت تحت عبد فلها الخيار رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية ووجه ذلك ان حكمها حكم الأمة ما بقي فيها شعبة من الرق فلا خيار لها كالاخيار للأمة وفي المبسوط عن مالك في الامة تحت العبد يعتق بعضها لا خيار لها حتى يعتق جميعها فاذا كمل عتقها انتقلت الى حكم الحرية فثبت لها الخيار ولو أن مدبرة أو أم ولد توفي سيدهما فعتقا أو مكاتبة أدت كتابتها كان لها الخيار اذا كان الزوج عبدا رواه القعنبي عن مالك في المبسوط ووجه ذلك ما قدمناه من وجوب الخيار بتمام العتق (مسئلة) فان أعتقت الأمة في حال حيض ففي العتبية من رواية عيسى ابن دينار عن ابن القاسم لا تختار حتى تطهر فان اختارت مضى فان أخرت فعتق الزوج قبل أن تطهر لم يقطع ذلك خيارها ووجه ذلك أنه قد ثبت لها الخيار في وقت لم يكن للزوج المنع منه وانما أخرت ايقاعه للشرع لا رضى بالزوجية فكانت باقية على خيارها وفي المبسوط من رواية القعنبي عن مالك اذا أعتقت تحت العبد فلم يبلغها حتى عتق زوجها بطل خيارها وقال لا خيار لها اذا لم تختر حتى يعتق زوجها ويحتمل هذا أن يكون على روايتين ويحتمل أن يكون الفرق بينهما أن الحائض ممنوعة بالشرع والله أعلم (مسئلة) ولو ان أمة تحت عبد قالت متى أعتقت فقد اخترت نفسي أو اخترت

زوجي ففي العتبية من رواية أشهب عن مالك ليس ذلك بشيء وروى عن مالك في الحرة ذات الشرط في النكاح والتسري تقول متى فعل شيأ من ذلك زوجي فقد اخترت نفسي ان ذلك لها قال المغيرة هما سواء ولا شيء لهما فالفرق بين الامة تعتق والحرة تأخذ بشرطها على رواية أشهب عن مالك ان الامة ليست بصفة من يختار فلذلك لم يجز خيارها والحرة بصفة من يختار وممن قد ثبت لها الخيار وانما علق نفوذه بصفة مخصوصة فقد أوقعته على حسب ما جعل اليها من تأخير الوقوع ولم يعلق بوجود تلك الصفة ايقاعها الطلاق وانما علق بها وقوعه ووجه قول المغيرة ان الحرة انما جعل ذلك اليها في وقت مخصوص وهو بعد أن يوجد من الزوج النكاح أو التسري فكما لا يصح وقوع الطلاق قبله فكذلك الامة لان الشرع انما جعل ذلك لها بعد وجود العتق فليس ذلك لها قبله

(فصل) وقولها رضي الله عنها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق معنى ذلك ان بريرة كان أهلها وهم بنو هلال كاتبوها فارادت عائشة رضي الله عنها أن تشتريها ويكون ولاؤها لها وأراد أهلها أن يبيعوها ويستثنوا ولاءها فجوز النبي صلى الله عليه وسلم البيع وأبطل اشتراط البائعين الولاء وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وانما يصح ذلك عندنا على أصول نبينها بعد في كتاب الكتابة ان شاء الله تعالى فمن ذلك أن تكون بريرة قد عجزت عن أداء ما وجب عليها من نجومها وصارت في حكم من عاد الى الرق فلذلك أجاز بيعها ووجه ما أمر به صلى الله عليه وسلم من ابطال اشتراط الولاء ان الولاء ليس مما يتناوله البيع وانما هو شيء يترتب بالعتق وانما يملك المشتري منافع العبد ما دام حيا في رقه وهي التي يتناولها شراؤه ومن اشترط الولاء فانما اشترط معنى يثبت بعد زوال الملك فصح شراؤه ولم يؤثر استثناؤه في العقد لانه لم يتناول الاستثناء ما يتناوله عقد البيع وانما تناول معنى آخر لا يثبت الا بعد استيفاء المبيع وقد اختلف العلماء فمن نكح على أن لا ميراث بينهما ففي الموازية عن أصبغ يفسخ وان دخل وقال محمد ليس بنكاح لا يتوارث في أصله فيكون حراما وانما دفع الميراث بالشرط فأحب الى أن يسقط الشرط ويثبت النكاح وبلغني ذلك عن مالك والمغيرة وقال بعض من تكلم على هذا الحديث ان الولاء اشترطته عائشة رضي الله عنها لنفسها وأن معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم واشترطي لهم الولاء أي اشترطيه عليهم لان اللام قد تكون بمعنى على وهذا الذي قاله غير صحيح من وجوه أحدها ان اللام على أصلها لا يجوز أن يعدل بها عن ذلك الا بدليل والثاني أنه صلى الله عليه وسلم زجر عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فشرطه باطل كتاب الله أحق وانما الولاء لمن أعتق ووجه ثالث ما روى هشام عن أبيه عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب في ذلك فقال ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق يا فلان والولاء لي انما الولاء لمن أعتق وروى عبد الله بن يوسف عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أرادت عائشة أن تشتري جارية لتعتقها فقال أهلها على أن ولاءها لنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنعك ذلك فان الولاء لمن أعتق وهذا نص في منع ذلك التأويل والله أعلم

(فصل) وقولها ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تفور بلحم تريد مملوءة باللحم وما كان معه من مرقة حتى صارت تفور بالغليان فقرب اليه خبز وادام من ادام البيت تريد ما يكون مدخرا في البيوت كالسمن والملح ولا يكاد يعدم منها وقوله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم انكار لتقديمهم اليه ما دون اللحم من الادام مع وجود اللحم وهذا يدل على انه صلى الله عليه وسلم لم يكن يقدم

اليه الا أفضل ما يكون عنده من الادام والطعام و يدل على ان أكل الانسان أفضل ما معه من الادام ليس بمناف للورع لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كلوا من الطيبات واعملوا صالحا انى بما تعملون عليم لان الورع انما هو فى سلامة المكسب من الشبهة و بعد ذلك فان الايثار به وجه من وجوه البر كما ان انفاقه على العيال والتوسعة منه عليهم وجه من وجوه البر

(فصل) وقولهم بلى يا رسول الله ولكنه لحم تصدق به على بريرة وأنت لا تأكل الصدقة اخبار له بالوجه الذى منع من تقديمه اليه وهو انه لا يأكل الصدقة وهذا مما تصدق به على بريرة وهذا يدل على أنه لم يكن يمتنع منه لفضله على سائر الادام ولو عهد منه تركه لذلك كما عهد منه تركه أكل الصدقة لوجوب به وليس من هذا الباب السرف فى المطعم والخروج به عن العادة وما تتخذ به المطاعم المستطابة المعتادة وتجاوز ذلك الى السرف الخارج عن العادة وجمع الادام والألوان على أكثر الأوقات مع حاجة الناس وضيق معاشهم ولا بأس بجمع الادام فى النادر لضيف أو وليمة أو ما أشبه ذلك أو احتفال فى عيد أو اجتماع وانما يكره من ذلك فى باب الورع الخروج الى حد السرف بكثرة الألوان والخروج بها عن الوجوه المعتادة من وضع الطيب فيها بكثير الأثمان وأقبح ما يكون ذلك عند نزول الحاجة بالناس وضيق معاشهم وضرورتهم الى المواساة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم هو لها صدقة وهو لنا هدية يريد صلى الله عليه وسلم انه لا يأكل صدقة أخرجها متصدقها فجعله صلى الله عليه وسلم محلا لقبولها أو كان هو صلى الله عليه وسلم ممن يأكلها قبل أن تكمل الصدقة فيها ببلوغها محلها فاذا بلغت محلها وصارت بيد من تصدق بها عليه جاز أن يهديها اليه من قبضها وتصدق بها عليه أو يبيعها منه أو يصيرها اليه بغير وجه الصدقة ولو كان ما تصدق به مرة ثبت له حكم الصدقة أبدا لما جاز للفقير اذا تصدق عليه بشئ أن يبيعه من غنى بل لا خلاف بين المسلمين انها تنتقل عن حكم الصدقة الى حكم البيع والهبة والميراث فيرثها الغنى عن مورثه الفقير وتصير اليه عنه بالهبة وغير ذلك من أنواع التمليك ولا يكون لشئ من ذلك حكم الصدقة وانما له حكم الوجه الذى نقل آخرا وبالله تعالى التوفيق ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول فى الأمة تكون تحت العبد فتعتق ان لها الخيار ما لم يمسها قال مالك وان مسها فزعمت انها جهلت ان لها الخيار فانها تتهم ولا تصدق فيما ادعت من الجهالة ولا خيار لها بعد ان يمسها ﴾ ش قوله فى الأمة تكون تحت العبد فتعتق ان لها الخيار من تعلق بدليل الخطاب اقتضى ذلك عنده انها اذا كانت تحت الحر ان لا خيار لها وهو مذهب مالك وان لم يقل بدليل الخطاب لما قدمناه فان الرتبة التى تحصل لها بالحرية فوق رتبة العبد فأوجب لها ذلك الخيار واذا كان زوجها حرا لم تكن بالعتق أرفع رتبة منه فلم يكن لها الخيار

(فصل) وقوله ان لها الخيار ما لم يمسها يريد ان لا يختص خيارها بالمجلس الذى يعلم فيه بعتقها بل لها ذلك ما لم تمكنه من نفسها طائعة أو يترك ذلك ابتداء أو يوقفها السلطان فاما قضت واما أخرج ذلك من يدها (مسئلة) واذا قيل لها اختارى بعد العتق فقالت حتى أنظر وأستشير ومنعته نفسها فان ذلك لا يقطع خيارها وهذا يدل على أن ذلك لا يختص بمجلس العتق ولا بمجلس علمها به وفى المدنية سئل ابن كنانة عن أمة عتقت تحت عبد فأقامت تحته أياما ثم هاج بينهما شئ فأرادت أن تختار فقال اذا علم من حالها بعد عتقها الرضا لم يكن لها ان تختار لشئ وقع بينهما وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم لها ذلك الا أن يشهد عليها بالرضا والاقامة وترك الخيار

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول فى الأمة تكون تحت العبد فتعتق ان الامة لها الخيار ما لم يمسها قال مالك وان مسها زوجها فزعمت أنها جهلت أن لها الخيار فانها تتهم ولا تصدق بما ادعت من الجهالة ولا خيار لها بعد أن يمسها

(فصل) وقوله فان مسها فزعمت انها جهلت ان لها الخيار لم تصدق ولا خيار لها وهذا كما قال لان ادعاءها الجهل بحق لها بعد أن يوجد منها ما ظاهره اسقاط ذلك الحق لا تصدق له لانه رجوع فى حق أسقطته

(فصل) وقوله ولا خيار لها بعد أن يمسها يريد بعد علمها بالعتق ولو قالت لم أعلم بالعتق وقد مسها بعده ففى كتاب ابن المواز انها مصدقة مالم تقم بينة انها علمت بذلك وجه ذلك ان الأصل عدم علمها وما يدعى عليها من العلم فأمر طارئ يجب على مدعيه ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير ان مولاة لبنى عدى يقال لها زبراء أخبرته انها كانت تحت عبد وهى أمة يومئذ فعتقت قالت فأرسلت الىّ حفصة زوج النبى صلى الله عليه وسلم فدعتنى فقالت انى مخبرتك خبرا ولا أحب أن تصنعى شيأ ان أمرك بيدك مالم يمسك زوجك فان مسك فليس لك من الأمر شئ قالت فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثا ﴾ ش قوله ان مولاة لبنى عدى يقال لها زبراء كانت تحت عبد وهى أمة يومئذ يدل على أن المولاة غير الأمة وانها الا توصف بمولاة حين كونها أمة ولذلك أخبر عن مولاة لبنى عدى وذكر انها كانت أمة يوم كانت تحت العبد ولو كانت مولاة حين كونها أمة لاستغنى عن أن يقول بعد قوله مولاة لبنى عدى أمة يوم كانت تحت العبد وانما وصفت زوجها بالعبودية لتشير الى أن هذا الحكم الذى ثبت لها بالعتق متعلق بمن كان زوجها عبدا

(فصل) وقوله فعتقت تحت العبد و بذلك العتق وصفت بعد ذلك بانها مولاة من أعتقها فلما عتقت أرسلت اليها حفصة زوج النبى صلى الله عليه وسلم تعلمها بما ثبت لها من التخيير بالعتق وهذا حكم كل من علم لأخيه المسلم حقا يخاف أن يخفى عليه و يضيع اذا لم يعلم به أن ينبهه عليه و يعلمه

(فصل) وقولها انى مخبرتك خبرا ولا أحب أن تصنعى شيأ يقتضى دين حفصة وفضلها وانها لم تقصد بذلك أذى الزوج وانما قصدت اعلامها بما يجب لها ثم أعلمتها انها لا تحب أن تفارقه بل تحب أن تبقى على حكم الزوجية ثم أعلمتها بحكمها فقالت لها ان أمرك بيدك مالم يمسك زوجك فاقتضى ذلك ان مدة كون أمرها بيدها مالم يمسها وما بعد ذلك فلا خيار لها لان المدة كلها مدة لامتناع خيارها فاذا تبين لها ان هذا المقدار من المدة ثبت لها فيه حكم الخيار لما كان من عتقها تحت عبد وجب أن يبطل الخيار بالمسيس و يرجع الى حكم ملك الزوج لها ثم بينت ذلك فقالت فان مسك فليس لك من الأمر شئ

(فصل) وقولها فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثا يقتضى ما قلناه على احدى الروايتين ان الزوجة لما كانت حرة وملكت الطلاق ملكته ثلاثا وهذا يقتضى أنه لم يتقدم له فيها طلاق ولو تقدم له فيها طلقة لاحتسبت بها عليه واجتزأت الآن بطلقة واحدة تبرئها منه وفى المبسوط فى عبد تحته أمة فطلقها طلقة ثم عتق ثم طلقها ثانية فقد بانت منه بثلاث لأن نصف طلاق العبد طلقة تقوم مقام طلقة ونصف فاذا أوقعها كان كأنه قال لها أنت طالق طلقة ونصف طلقة ولو قال ذلك الحر لزمه طلقتان فكذلك العبد اذا أوقع طلقة لزمه طلقتان فاذا أعتق فانما بقيت له طلقة والنصف لا يصح ايقاعه فانما بقيت له فيها طلقة واحدة ص ﴿ مالك انه بلغه عن سعيد بن المسيب أنه قال أيما رجل تزوج امرأة و به جنون أو ضرر فانها تخير فان شاءت قرت وان شاءت فارقت ﴾ ش قوله رضى الله عنه أيما رجل تزوج امرأة و به جنون أو ضرر قال ابن زيد قلت لعيسى بن دينار قول سعيد بن المسيب أيما رجل تزوج امرأة و بها جنون أو جذام أو برص فانه

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة ابن الزبير أن مولاة لبنى عدى يقال لها زبراء أخبرته انها كانت تحت عبد وهى أمة يومئذ فعتقت قالت فأرسلت الىّ حفصة زوج النبى صلى الله عليه وسلم فدعتنى فقالت انى مخبرتك خبرا ولا أحب أن تصنعى شيأ إن أمرك بيدك مالم يمسك زوجك فان مسك فليس لك من الأمر شئ قالت فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثا * وحدثنى عن مالك أنه بلغه عن سعيد بن المسيب انه قال أيما رجل تزوج امرأة و به جنون أو ضرر فانها تخير فان شاءت قرت وان شاءت فارقت

بالخيار ماهذا الضرر فقال جذام أوشئ يمنع الوطء فأما رواية الأصل الذى فسرناه فالضرر فى الزوج الجذام والعنة والضرر على حسب ماتقدم فيه من الخلاف وأما على سؤال ابن زيد فان الضرر فى المرأة غير ماذكر داء الفرج وهو القرن الذى يمنع الوطء أوما أشبهه من موانع الوطء وقد تقدم الكلام على معانى هذه الصفات وأحكامها بما يغنى عن الاعادة ص ﴿ قال مالك فى الأمة تكون تحت العبد ثم تعتق قبل أن يدخل بها أو يمسها انها اذا اختارت نفسها فلا صداق لها وهى تطليقة وذلك الأمر عندنا ﴾ ش وهذا كما قال ان الأمة اذا أعتقت تحت العبد فان لها الخيار سواء دخل بها أولم يدخل بها على ماذكر فى الأصل فقد قال ابن زيد سألت عيسى بن دينار عن قول مالك لما جعل لها قبل أن يبنى بها طلقة بائنة وهو يقول فى التى دخل بها تطلق ماشاءت ألبتة أوأقل من ذلك فقال انما أراد بذلك مالك أن تكون واحدة بائنة اذا لم تطلق نفسها ثلاثا وأمرها واحد دخل بها أولم يدخل بها لها أن تطلق ماشاءت من الطلاق قال وأخبرنى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله وأما اذا دخل بها فقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله ولا صداق لها يريد أنها طلقت نفسها قبل المسيس بمعنى تيقن فى الزوج فلا شئ لها من الصداق كالتى تفارق زوجها بجنون أوجذام أو برص

(فصل) وقوله وهى طلقة يريد على قول ابن نافع انه لم يوقع غير واحدة أولم ينوشيأ ولو أوقعت الطلاق لكان لها ذلك وعلى الرواية الثانية عن مالك أنه ليس لها غير طلقة لانها تبين بها والله أعلم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب أنه سمعه يقول اذا خير الرجل امرأته فاختارته فليس ذلك بطلاق قال مالك وذلك أحسن ماسمعت ﴾ ش وهذا كما قال ان الرجل اذا خير زوجته فاختارت المقام معه ان ذلك لا يكون طلاقا والدليل على مانقوله ماأخرجه مسلم من رواية مسروق عن عائشة رضى الله عنها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يعده لنا طلاقا ومن جهة المعنى أنه علق الطلاق بصفة وهو أن يختاره أو يملكها اياه فتوقعه فاذا لم توجد الصفة أولم يوقع الطلاق من ملكه وجب أن لايقع أصل ذلك أن يقول ان دخلت الدار فأنت طالق أو يوكل أجنبيا على الطلاق فلا يوقعه ص ﴿ قال مالك فى المخيرة اذا خيرها زوجها فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثا وان قال زوجها لم أخيرك الا واحدة فليس ذلك له وذلك أحسن ماسمعت ﴾ ش قوله فى المخيرة اذا خيرها زوجها فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثا يريد أن اطلاق لفظ التخيير يقتضى تملكها ثلاث تطليقات على ماقدمناه من أن التخيير انما هو تخيير بين قطع العصمة وابقاء الزوجية وذلك لا يكون فى المدخول بها الا بثلاث تطليقات وقد اختلف العلماء فى معنى التخيير فذهب أبو بكر القاضى ان التخيير مكروه لما فيه من جمع الطلاق الثلاث قال الشيخ أبو عمران وماعلمت من كرهه وهذا القول عليه جمهور العلماء والدليل على صحته ماروى مسروق عن عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه والفرق بين هذا وبين ايقاع الطلاق الثلاث جميعا ان هذا ليس بايقاع طلاق وانما هو تمليك الزوجة اياه وانما منع هو من ايقاعه (فرع) فاذا قلنا بأن التخيير مباح للزوج فهل يحرم على الزوجة اختيار الفرقة وهى ثلاث قال الشيخ أبو عمران انما يكره ذلك للزوج دون الزوجة

(فصل) وقوله فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثا ظاهره يقتضى أن قولها قد اخترت نفسى انما يقتضى فى التخيير ثلاث تطليقات وكذلك التمليك لان هذا اللفظ انما يقتضى ملكها نفسها وازالة ملك الزوج منها فهذا معنى اختيارها نفسها وهذا لا يكون الا بثلاث تطليقات فاذا اقتضى تخييره

* قال مالك فى الأمة تكون تحت العبد ثم تعتق قبل أن يدخل بها أو يمسها انها ان اختارت نفسها فلا صداق لها وهى تطليقة وذلك الأمر عندنا

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب انه سمعه يقول اذا خير الرجل امرأته فاختارته فليس ذلك بطلاق قال مالك وذلك أحسن ماسمعت قال مالك فى المخيرة اذا خيرها زوجها فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثا وان قال زوجها لم أخيرك الا واحدة فليس ذلك له وذلك أحسن ما سمعت

لما تمليكه الثلاث واقتضى اختيارها لنفسها الثلاث حكم بها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يطلق المخير تخييره أو يقيده فان أطلقه أو قيده بالثلاث حمل على ذلك واذا قيده بما دون الثلاث فحكمه حكم التمليك فاذا أطلق فأجابته المرأة فلا يخلو أن تجيب بلفظ يقتضي الثلاث أو بلفظ يقتضي مادون ذلك أو بلفظ محتمل فان أجابت بلفظ يقتضي الثلاث فحكمه ما تقدم ولو قالت اخترت نفسي ثم قالت أردت به واحدة لم تصدق في ذلك ولزمتها الثلاث لان اللفظ صريح في ذلك (مسئلة) ولو خيرها فقالت طلقت نفسي واحدة بائنة ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ليس بشئ ووجه ذلك ما قدمناه من أن التخيير انما يقتضي قطع العصمة فاذا قالت طلقت نفسي واحدة كانت قد ردت التخيير ولا ينفعها قولها بائنة لان الواحدة لا تكون بائنة وان صرحت بأنها طلقت نفسها واحدة أو اثنتين أو قالت اخترت واحدة فقد قال ابن المواز ان مالكا وأصحابه قالوا ليس ذلك بشئ الا عبد الملك فانه قال يكون ثلاثا قال ابن المواز وما أدري من أين أخذه وجه قول مالك انها قضت بغير ما جعله اليها لأنه جعل اليها قطع العصمة فلم تقطعها وانما طلقت نفسها واحدة وليس ذلك منها مما جعل اليها فكان ذلك ردا لما جعله اليها ووجه ما قاله ابن الماجشون ان طلاق التخيير يقتضي قطع العصمة وهو لا يتبعض واذا طلقت نفسها بعضه لزم اتمامه كالو طلقها زوجها نصف طلقة لكانت كاملة لما كانت الطلقة لا تتبعض وعلى هذا يجب أن يكون المخير قبل الدخول يقتضي تخييره الثلاث وبالله التوفيق (فرع) فاذا قلنا لا يلزمه شئ فلا يخلو أن ينكر عليها أو يسكت فان أنكر عليها وقال لم أخيرك الا في قطع العصمة بالثلاث لم يلزمه ما قضت به من الواحدة وليس لها أن تستأنف اختيار نفسها بالثلاث قال ابن المواز وذلك قول جماعة أصحابنا الا أشهب فانه قال ذلك ما لم يفترقا وان سكت ولم ينكر فقد قال ابن المواز ان تبين منه الرضى به لزمته وله الرجعة وليست هذه الطلقة من قبل الخيار طلقة لا رجعة فيها ومعنى ذلك أن المرأة اذا طلقت نفسها بحضرة الزوج وأظهر ما يقتضي الرضى بطلاقها لزمه ذلك والله أعلم وقولها قبلت نفسي عند ابن القاسم وجميع أصحابنا بمنزلة قولها اخترت نفسي قاله محمد الا أشهب قال بغير حجة هو بمنزلة قبلت أمري تسأل عما أرادت به (مسئلة) وان أتت بلفظ محتمل مثل أن تقول قبلت أو قبلت أمري أو اخترت فقط ففي كتاب ابن المواز وغيره عن ابن القاسم ليس هذا الفراق وتسأل عما أرادت به وروى ابن المواز عن أصبغ في قولها اخترت أمري هو فراق في التخيير والتمليك ولا تسئل عما أرادت ولا تحل الا بعد زوج وجه قول الجماعة ان قولها قبلت أمري لفظ عام في الامر يحتمل معاني فلها أن تفسره بما شاءت ووجه قول أشهب ان ظاهر قبولها انما هو لما جعل اليها ما لم يكن لها من الفرقة فيحمل عليه (فرع) فاذا قلنا ان لها التفسير سئلت عما أرادت فقد قال ابن القاسم وأشهب ان قالت أردت اني قبلت ما جعل الي من الاختيار أو الملك وأنا أنظر الآن فأوقع ان شئت أو أراد ان ذلك لها وفي الموازية عن عبد الملك ان قالت لم أرد به الطلاق لم يقبل منها ولو علم انها ممن يعلم الفرق بين ذلك وبين الطلاق وقصدته لم يقبل منها ولا يكاد يفرق بين ذلك من الرجال الا من يفقه فرأيت مذهبه انها البتة ووجه قول ابن القاسم ما قدمناه من ان لفظ الامر يحتمل ما قالته فيقبل منها ذلك ولا يلزمه أن لا يعلم هذا الا من يفقه فقد علمته هي وأخبرت به عن نفسها ولا يحمل الناس في أحكامهم الا على المعرفة (فرع) ولو قالت أردت بذلك البقاء مع زوجي فقد قال أشهب في الموازية لا يقبل ذلك منها ويكون طلاقا الا أن تأتي بما يعرف به صدقها ولو قالت كنت لاعبة أو مستهزئة لم يلزمها شئ ودينت

وظاهر قول ابن القاسم عندي ان ذلك مقبول منها وهو الاظهر لانها اذا قبل منها الاستهزاء أو اللعب فبأن يقبل منها ما قالته من الرضى بزوجها أولى وأحرى (مسئلة) وهـذا في المدخول بها وأما غير المدخول بها فان زعم انه قال اختاري الثلاث فقضت بثلاث نفذ ذلك بينهما وان قضت بواحدة فلا شئ لها قال ابن حبيب عن أصبغ وكذلك ان لم تكن له نية ووجهه ان اطلاق هذا اللفظ يقتضي الثلاث فيحمل على ذلك زاد ابن حبيب ولذلك لم تنو هي شيأ (مسئلة) فان قالت أردت واحدة وطلقت هي نفسها واحـدة أو فسرت اللفظ المحتمل بواحـدة ففي كتاب ابن سحنون هي على ما نوت وان طلقت هي نفسها ثلاثا فهو على ما تقدم من التمليك

(فصل) وقوله وان قال زوجها لم أخيرك الا في واحدة فليس ذلك له معناه انه خيرها بلفظ هو صريح في الثلاث فاختارت بلفظ هو صريح في اختيار الثلاث فلم يكن له أن يدعي انه زاد واحـدة ولو قالت هي أردت واحدة لم يقبل منها لما قدمناه ص ﴿ قال مالك وان خيرها فقالت قد قبلت واحـدة وقال لم أرد هذا انما خيرتك في الثلاث جميعا انها ان لم تقبل الا واحدة أقامت عنده ولم يكن ذلك فراقا ان شاء الله تعالى ﴾ ش قوله انه خيرها فقالت قبلت واحدة على ما قدمناه من أن تخييره يقتضي التخيير بين المقام أو قطع العصمة فاذا اختارت واحدة فقـد أعرضت عما جعل لها فاختارت غـيره فلم يلزمه ما اختارته لانه لم يجعل ذلك اليها

(فصل) وقوله انها ان لم تقبل الا واحدة أقامت عنده يحتمل وجهين أحدهما ان لم يكن في جوابها له قبلت الا واحدة على حسب ما تقدم من الخبر عنها فقد بطل خيارها ولزمها المقام عنده وهو قول أكثر أصحاب مالك والثاني انها ان لم تستأنف اختيار الثلاث بعد ان ناكرها الزوج فانها لا تنتفع بما أوقعته من الطلقة الواحدة فيقتضي ذلك ان لها أن تستأنف اختيار الثلاث ما لم يفترقا بعـد أن أنكر عليها الزوج ما أوقعته من الوجوه وهو قول أشهب والله أعلم

﴿ ماجاء في الخلع ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن انها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الانصاري انها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وان رسول الله صـلى الله عليه وسلم خرج الى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسـلم من هذه فقالت أنا حبيبة بنت سـهل يارسول الله فقال ما شأنك فقالت لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها فلما جاء زوجها ثابت بن قيس قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر فقالت حبيبة يارسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس خذ منها فأخذ منها وجلست في أهلها ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم من هذه يقتضي المبالغة في التغليس الا أن لا يميزها وان عرف أنها من النساء الا أن تكون مستورة الوجه لـكن ذكر الغلس مع قوله من هذه أظهر فيما قلناه وقوله صلى الله عليه وسلم لما قالت أنا حبيبة بنت سهل ما شأنك انـكار لمجيئها في ذلك الوقت اذ لم يكن وقت زيارة لأمهات المؤمنين ولا وقت طلب حاجة وانما تبـكر في هـذا الوقت لمعنى مهم فأخـبرته بشأنها فقالت لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها اما لتعلمه ان ثابت بن قيس الذي تشكو هو زوجها ويكون ذلك من قول الراوي ليعـلم من نقل اليه الحـديث ان ثابت بن قيس الذي أرادت مباينته وقطع ما بينها وبينه هو زوجها وان ما نزعت من فراقه هو معنى قولها لا أنا ولا ثابت بن قيس

* قال مالك وان خيرها فقالت قد قبلت واحـدة وقال لم أرد ذلك انما خيرتك في الثلاث جميعا انها ان لم تقبل الا واحدة أقامت عنده ولم يكن ذلك فراقا ان شاء الله تعالى

﴿ ماجاء في الخلع ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن يحيي بن سـعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن انها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الانصاري انها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى الصبح فوجـد حبيبة بنت سهل عنـد بابه في الغلس فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم من هذه فقالت أنا حبيبة بنت سهل يارسول الله قال ما شأنك قالت لا انا ولا ثابت بن قيس لزوجها فلما جاء زوجها ثابت بن قيس قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ماشاء الله أن تذكر فقالت حبيبة يارسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت ابن قيس خذ منها فاخذ منها وجلست في أهلها

(فصل) وقولها لا أنا ولا ثابت بن قيس ظاهره الامتناع منه وحكمه حكم النشوز و يجبر على الرجوع اليه ان لم يرد فراقها بخلع أو غيره

(فصل) وقول النبي صلى الله عليه وسلم لزوجها لما جاء هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكره اعلاما له بما أتت له وظاهر اللفظ يقتضي انه قصد صلى الله عليه وسلم الاخبار عن معنى ما أتت له ولم يفسر تفاصيل قولها ويحتمل أن تكون هي قد تشكت اليه ضررا فلم يحتج في أول الأمر الى أن يفسر له ذلك الضرر حتى يسئل عنه الزوج ويكفي من الاعلام للزوج أن يقال له اشتكت ضررا فان أنكره سئلت البينة عما تشكت منه وان سأل التفسير لينكر منه أكثر مما فعله أوليبدي عذره فيما أتى به منه ويحتمل أن تكون حبيبة لم تشتك من ثابت بن قيس ضررا ولكنها كرهت مصاحبته خاصة فلذلك لم يحتج أن يذكر له ما تشكت منه وقد روى البخاري من حديث أيوب عن عكرمة عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن لا أطيقه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم والذي عليه جمهور الفقهاء انه يجوز الخلع من غير اشتكاء ضرر خلافا لمن منع ذلك والدليل على ما نقوله قوله تعالى فان طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا

(مسئلة) واذا كان الضرر من قبل الزوجة والكراهية للزوج فلا خلاف في جواز الخلع وان كان الضرر منهما معا فقد قال بعض القرويين لا يجوز أن يخالعها على ذلك بان يأخذ منها شيأ قال وهو منصوص لمن تقدم من علمائنا قال وليست كمسئلة الحكمين اذا كان الضرر منهما جاز ذلك لان النظر في مسئلة الحكمين للحكمين فينفذ حكمهما في ذلك * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي انه اذا جاز ذلك في مسئلة الحكمين فبأن يجوز منهما اذا اتفقا على ذلك أولى

(فصل) وقول حبيبة بنت سهل لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل ما أعطاني عندي اشارة الى أنها بذلته لزوجها على أن يفارقها وقد صرح في ذلك حديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها أتردين عليه حديقته قالت نعم وقد قال تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم خذ منها اباحة منه صلى الله عليه وسلم أخذ الفداء منها وقد يصح أن يكون ندبا الى ذلك لما رأى من اشفاقها واستضرارها بالمقام معه وقد بلغ ذلك منها الى أن خافت أن تأتي ما تأثم به

(فصل) وقوله فأخذ منها فجلست في أهلها اتماما منه لما قرره النبي صلى الله عليه وسلم بينهما من الخلع وليس فيه انه تكلم بطلاق ولا خلع وفي المبسوط من رواية ابن وهب عن مالك في رجل نكح امرأة فندم فقال له أهلها نؤدي اليك ما أخذنا منك وتؤدي الينا اختنا ولم يكن بينهم طلاق ولا كلمة فقيل انه ان تزوجها بعد ذلك كان ما تقدم من ذلك تطليقة وتكون عنده على تطليقتين وفي العتبية من رواية ابن القاسم اذا قصدا الى الصلح على أن أخذ متاعه وسلم اليها متاعها فهو خلع لازم قال لها أنت طالق أو لم يقل ووجه ذلك ان المفهوم مما أتوه انفاذ الطلاق وايقاعه والفرقة الموجودة بينهما والانفصال انما كان على وجه الطلاق فوجب أن يكون طلاقا كالاشارة به أو الكتابة له

(فصل) وقوله وجلست في أهلها يحتمل أن يريد به ان كانت الدار لها انها جلست فيها دونه مدة العدة مع خدم ان كان لها أو حاشية ممن كان معها قبل الخلع ووصفت بذلك انها جلست في أهلها لما كان هذا الجلوس لها ومختصا بها وقبل ذلك فانما كان الجلوس له و يحتمل ان كانت الدار لها انها

بقيت فيها لم ينقلها عنها الاستحقاقها لها ولعله كان ساكنا معها في محلها عند أقاربها فانتقل هو عن ذلك المكان الى أهله وأقاربه والله أعلم ص ﴿ مالك عن نافع عن مولاة لصفية بنت عبيد انها اختلعت من زوجها بكل شئ لها فلم ينكر ذلك عليها عبد الله بن عمر ﴾ ش قوله انها اختلعت من زوجها بكل شئ لها يحتمل أن يكون ذلك قدر ما أصدقها وأن يكون أكثر أو أقل فأما الخلع بكل ما أصدقها أو أقل فجائز عند جميع الفقهاء وأما الخلع بأكثر من ذلك فسنذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقولها بكل شئ لها يحتمل أن يكون سمته ووصفته وأحضرته حتى كان معروفا غير مجهول ويحتمل أن يكون الخلع وقع لها بهذا اللفظ على أن تنخلع له من كل شئ لها فيكون ذلك مجهولا ولا يخلو ذلك من أن يوجد لها شئ أو لا يوجد لها شئ فان وجد لها شئ له مقدار فان الخلع نافذ وذلك ان الخلع على العبد الآبق جائز عند مالك ويجوز ذلك على الجنين في بطن أمه أو الجمل الشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها وفي المدونة والمبسوط يجوز بما يثمر نخله العام وبما تلد غنمه العام خلافا لأبي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به وهذا عام ومن جهة القياس انه مما يملك بالهبة والوصية فجاز أن يكون عوضا في الخلع كالمعلوم (فرع) اذا ثبت انه يصح الخلع بالغرر فانه ان سلم وقبضه فهو له على ما هو عليه وان تلف فلا شئ له غيره والطلاق نافذ على حكمه قاله القاضي أبو محمد والدليل على ذلك انه عقد يجوز في معين من الغرر فاذا لم يسلم لم يكن له غيره كالهبة والوصية (مسئلة) ولو خالعها على نفقة ولدها مدة الحولين ورضاعه فيهما جاز ذلك فان شرط عليها نفقة الابن بعد الحولين أربع سنين أو ثلاثا فقد روى ابن القاسم عن مالك ان ما زاد على نفقة الابن وارضاعه في الحولين فهو باطل موضوع عن الزوجة وان شرط الزوج ولم يجعل له مالك بما بطل من شرطه شيأ وأجاز ذلك فيما زاد على الحولين من مدة أربعة أعوام أو الى انقضاء أمد الحضانة المخزومي واختاره سحنون ووجه بعض القرويين مذهب ابن القاسم بان المتخالعين أدخلا الغرر فيما أوقعا به الخلع من النفقة وما عدا ذلك من الغرر كالعبد الآبق والجمل الشارد فالغرر دخل فيه بغير فعلها وقال غيره من القرويين لم يمنع مالك الخلع بنفقة ما زاد على الحولين لأجل الغرر وانما منعه لانه حق مختص بالأب على كل حال فليس له أن ينقله الى غيره والفرق بين هذا وبين نفقة الحولين ان تلك النفقة وهي الرضاع قد تجب على الأم حال الزوجية وبعد الطلاق اذا أعسر الأب فجاز أن تنقل هذه النفقة الى الأم لانها محل لها وفي المبسوط أن مالكا احتج على ذلك بقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وهذه اشارة الى ما قدمناه ووجه رواية المخزومي أنه ازالة ملك تجوز ازالته بالغرر فجاز ازالته بنفقة أربعة أعوام أصل ذلك العتق

(فرع) فان وقع الخلع على الوجه المباح بنفقة الابن فمات الصبي قبل انقضاء المدة فهل للزوج الرجوع عليها ببقية النفقة روى ابن المواز عن مالك لا يتبعها بشئ وروى عنه أبو الفرج يتبعها وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون في المبسوط انه لم يشترط لنفسه مالا يتموله وانما شرط أن تكفيه مؤنة الولد فاذا مات الولد لم يكن له الرجوع عليها بشئ كما لو تطوع رجل بالانفاق على الصبي بينة فمات لم يرجع عليه بشئ لانه انما قصد بتطوعه تحمل مؤنته والله أعلم واتفقوا على أنها ان ماتت فنفقة الولد في مالها لانها حق ثبت فيه قبل موتها فلا يسقط بموتها ووجه رواية أبي الفرج انه حق يثبت له في ذمة الزوج بالخلع فلا يسقط بموت الصبي كما لو خالعها بمال متعلق بذمتها

* وحدثني عن مالك عن نافع عن مولاة لصفية بنت أبي عبيد انها اختلعت من زوجها بكل شئ لها فلم ينكر ذلك عليها عبد الله بن عمر

(فصل) وان أعسرت بالنفقة أنفق الأب وهل يتبعها بمثل النفقة روى ابن الماجشون وابن عبد الحكم لا يتبعها به وروى أصبغ عن ابن القاسم يتبعها وقال أيضا لا يتبعها وجه القول الأول انه حق ثبت للابن على أبيه ثم عاوض به الأب الأم فأثبته في ذمتها عوضا من طلاقها فاذا أعسرت به كان للابن أن يتبع به الأب لانه ليس له أن يسقط حقا عليه وينقله الى عديم فيرجع الابن به على الأب ثم يرجع به الأب على الأم دينا يتبعها به لانه عوض طلاقها ووجه القول الثاني انه أمر غير ثابت على الأب ولا على الأم وانما يتعلق ذلك بيسر من يجب عليه حين الوجوب كنفقة الزوجة على الزوج (مسئلة) ومن خالع امرأة على انها ان ولدت منه فعليها نفقته في الحولين فان أرادت أن تطلبه بنفقة الحمل وبصداقها عليه ففي المبسوط عن مالك ليس لها صداق ولا نفقة حمل وقال المغيرة لها نفقة الحمل ولا شئ لها من الصداق ووجه قولها أنه لا شئ لها من الصداق أنها لم تشترط بقاءه فكان الظاهر اسقاطه لانه لم يرض منها بترك ما كان في ذمته حتى زادت نفقة الحمل ولم تكن في ذمته ووجه قول مالك انه لا نفقة لها انها قد أسقطت نفقة الولد بعد الولادة فبأن تسقط ما وجب لها قبل ذلك أولى كما قلنا في الصداق انها اذا أسقطت نفقة الحولين اقتضى ذلك اسقاط الصداق ووجه قول المغيرة انها أسقطت عنه نفقة مقدرة فلا يتعدى الاسقاط الى غيرها والى ما ليس من جنسها ولا وجب بسببها لان نفقة الحمل في غير مدة الحولين ومن غير جنس الحولين واجبة بغير سببها ولا يشبه هذا ما أسقط من الصداق لانه أمر قد تقرر ووجب ونفقة الحمل لم تجب بعد فلا تسقط الا بالنص عليها

(فصل) وأما ان خالعها على جميع ما تملك ولم يوجد لها شئ ففي كتاب ابن المواز اذا خالعها على ما في يدها فلم يوجد في يدها شئ أو وجد فيه ما لا ينتفع به كالحجر قال أشهب لا يلزمه طلاق وان وجد فيه ما ينتفع به كالدرهم ونحوه لزمه الخلع قال عبد الملك يلزمه الخلع لانه رضي بما غرته به واختاره ابن المواز وسحنون وجه القول الأول انها غرته فلم يلزمه الخلع كما لو قالت له أخالعك بعبدي هذا وهو حر فانه لا يلزمه خلع أو أخالعك بهذه الدار ولم تكن لها فقد قال عبد الملك في المبسوط انها تبقى على الزوجية ولو كانت الدار لها فأسلمتها اليه فاستحقت من يده بعد الخلع ورجع عليها بقيمة ما استحق من يده قال عبد الملك لان هذا قد قبضه والأول لم يقبضه وانما خالعها به على أن تسلمه اليه وقال أحمد بن المعذل اذا خالعها على عطائها أو وصية ولم يكن لها شئ من ذلك فهي زوجة وكذلك ان لم يكن في يدها شئ وهو بمنزلة أن يخالعها على حر غرته به وأما ان كان لها عطاء فسقط اسمها أو لم يحمل الثلث وصيتها فانه يمضي الخلع عليه ولا شئ له وبالله تعالى التوفيق (فرع) فاذا قلنا لا يلزمه الخلع فقد قال أشهب لا يكون طلاقا وقال مطرف لو أخذت لوزة أو حصاة وخالعته بها فان كان شئ مما ينتفع به وان قل فرضي به وعرف ما هو فهو خلع وأما حصاة وما لا ينتفع به فليس بخلع وهو طلاق رجعي وجه قول أشهب انه انما أوقع الطلاق بشرط أن يحصل له شئ ينتفع به فلما وجده على غير ذلك بطل الطلاق جملة كما لو غرته من حر فخالعته به على انه عبد ووجه قول مطرف أن الطلاق قد وقع فلما لم يكن له عوض لم يكن بائنا وكان رجعيا (مسئلة) ولو خالعها على خمر أو خنزير أو ما لا يحل من تعجيل دين مؤجل نفذ الخلع وبطل العوض وبقي الدين المؤجل الى أجله ويكون الطلاق بائنا خلافا لأبي حنيفة في قوله هو رجعي ولا يكون للزوج عليها شئ ويحتمل أن يكون قول مطرف على هذا خلافا للشافعي في قوله عليها مهر المثل لانه طلاق وقع على وجه المعاوضة فكان بائنا ولان الزوج لما رضي ما لا يحل من العوض لم يكن له غيره كما لو أعتق عبده أو أمته على خمر أو خنزير فانه لا يرجع

عليها بشئ (مسئلة) وان قصدا الى ايقاع الخلع دون عوض قال القاضى أبو محمد هو خلع عند مالك وقال أشهب يكون طلاقا رجعيا والدليل على قول مالك أن عدم حصول العوض فى الخلع لا يخرجه عن مقتضاه أصل ذلك اذا خالع بخمر أو خنزير ووجه قول أشهب انه طلاق عرا عن عوض واستيفاء عدد فكان رجعيا كما لو كان بلفظ الطلاق وفى كتاب ابن المواز انهما اذا تداعيا الى الصلح وافترقا عليه وان لم يأخذ منها شيأ فهو فراق كما لو أخذ منها وفى العتبية من رواية ابن القاسم انهما لو قصدا الى الصلح على ان أخذ متاعه وسلم اليها متاعها انه خلع لازم قال أنت طالق أو لم يقل قال فى كتاب محمد وان لم يقصدا الى الصلح وقال لى متاعى ولك متاعك أو لك زيادة كذا فله الرجعة ووجه ذلك انهما اذا قضيا الصلح فقد أحرز ما صار اليه بالطلاق الذى طلقها الآن لأن معنى الصلح الذى ذكر أن يطلقها من أجل ذلك وأما اذا قصد طلاقها دون شئ من ذلك وأباح لها أن تأخذ مالها و يأخذ ماله فهذا ليس بخلع ولهذا قال ابن القاسم فى بارئتك انها طلقة واحدة بائنة لأن معنى ذلك انه طلقها لتبرئه مما كانت تطلبه به محقة أو مبطلة و يبرئها هو أيضا وذلك من باب الخلع والله أعلم ولذلك قال مالك فى العتبية والموازية فيمن قال لامرأته ألك عندى شئ قالت لا ولا لك عندى شئ قال لا قال فاشهدوا انى برئت منها و برئت منى فافترقا على ذلك ثم قامت بما كان لها قبله وقالت لم أرد المبارأة وقال هو أردت المبارأة فان قالت البينة كنا نرى انهما أرادا المبارأة فذلك نافذ ولا شئ لها عليه وكذلك ان شهدوا بما ذكرنا أول السؤال فقط فلا شئ لها (مسئلة) وان صالحها على ان أعطاها شيأ من ماله وفارقها ولم يأخذ منها شيأ وظن انه وجه الصلح ففى المبسوط من رواية ابن وهب عن مالك قولان أحدهما انها طلقة رجعية ثم رجع فقال هو خلع وهو قول ابن القاسم فى المدونة وجه القول الاول انه طلاق لم يأخذ الزوج به عوضا فلم يمنع ذلك كونه رجعيا كما لو لم يعطها شيأ ووجه القول الثانى انه عطاء فى خلع فاقتضى البينونة وقطع الرجعة كما لو أعطته الزوجة ووجه آخر وهو انه قطع بما أعطاها مطالبتها قبله وذلك سبب حكم الخلع ص ﴿ قال مالك فى المفتدية التى تفتدى من زوجها انه اذا علم ان زوجها أضر بها وضيق عليها وعلم انه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها مالها قال فهذا الذى كنت أسمع والذى عليه أمر الناس عندنا ﴾ ش وهذا كما قال ان المفتدية اذا كان افتداؤها لاضرار زوجها وظلمه لها لم يلزمها ما افتدت به وذلك ان اضرار زوجها بها لا يجوز له بل هو ممنوع منه وفى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك فيمن علم من امرأته بالزنى لم يكن له ان يضارها حتى تفتدى ومن الاضرار بها الموجب لرد ما أخذ منها ان يؤثر عليها ضرتها ولا يفى بحقها فى نفسه وماله وذلك أنه لا يجوز له أن يحبسها اذا لم ترض بالاثرة عليها وانما له أن يمسكها من غير اضرار بها بأثرة ولا غيرها أو يفارقها لقوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان (مسئلة) وليس من الاضرار بها البغض لها قاله ابن القاسم فى الموازية وانما الاضرار عندى الاذى بضرب أو اتصال شتم فى غير حق أو أخذ مال أو ايثار وفى المبسوط عن مالك وليس عندنا فى قلة الضرر وكثرته شئ معروف ولا موقوت ومعنى ذلك انه لا يتقدر بحد لا يكون ضررا حتى ينتهى اليه وانما ذلك بقدر ما يعلم انه مضر بها من تكراره أذاه لها

(فصل) وقوله اذا علم انه أضر بها أو ضيق عليها وعلم انه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها مالها يريد ان ما التزمه من طلاق الخلع يلزمه لأنه أوقعه باختياره و يرد ما أخذ منها من العوض ولا يأخذ منها ما كانت التزمته له من نفقة و رضاع رواه عيسى عن ابن القاسم لأنها دفعته اليه غير محتاجة لرفعه

* قال مالك فى المفتدية التى تفتدى من زوجها انه اذا علم أن زوجها أضر بها وضيق عليها وعلم أنه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها مالها قال فهذا الذى كنت أسمع والذى عليه أمر الناس عندنا

وانما دفعته اليه لتتخلص بذلك من ضرره وظلمه ولا يحل له أن يأخذ على ترك الظلم والتعدى عوضا فعلى هذا يرد ما أخذ منها ويسقط عنها ما التزمته من نفقة وأجرة رضاع قاله مالك والأصل فى ذلك قوله تعالى ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة والفاحشة يصح أن يراد بها الاذى والبذاء ولذلك يقال أفحش الرجل فى قوله اذا بالغ فى السب قال ابن بكير من أصحابنا وقال ابن عباس الفاحشة النشوز وقال ابن بكير اذا نعتت الفاحشة بمبينة فهى من باب البذاء باللسان واذا لم تنعت وأطلقت فهى الزنى وقيل اذا كانت الفاحشة بالالف واللام فهى الزنى واللواط قال الحسن معنى ذلك سمح للازواج فى المضارة بهن اذا أتين بفاحشة مبينة حتى يفتدين ببعض ما أعطوهن ومثله روى عن ابن عباس فى النشوز والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وعلم انه ظالم لها يقتضى ان ذلك لا يكون بمجرد دعواها انه أضر بها وانما يكون ذلك باقراره ان أقر بذلك أو ببينة تشهد له وفى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم اذا قامت بعد الخلع بينة يشهدون على السماع انه كان يضر بها قال وهل يشهد هؤلاء على السماع يسمع الرجل من أهله أو من الجيران ويكون فاشيا والشهادة فى ذلك عندى تكون على وجهين أحدهما ان يكون الخبر عن الاضرار بها متواترا حتى يقع العلم بذلك للشهود فيشهدون فى ذلك على علمهم كما يشهد فى الموت على علمه من لم يعاين الميت على الخبر المتواتر بذلك وكما يشهد فى النسب وعدة الولد والوراثة على علمه ويدل على صحة هذا الوجه ما قاله أصبغ انه ان شهد شاهد واحد على البتات صحت شهادته ويحلف ان لم يكن غيره ويرد اليها ما أخذ منها ويمضى الفراق وقال ابن القاسم لأن يمينها على مال والوجه الثانى على السماع الفاشى من أهل العدل وغيرهم ولا يقبل فى مثل هذا أقل من شاهدين لأن الشهادة على السماع لا يقبل فيها شاهد مع يمين المدعى ولا يقبل فيها أقل من شاهدين ولذلك قال ابن القاسم فى هذا الوجه لما سأله أصبغ يجوز فى ذلك شاهد واحد على البت كيف يعرف ذلك قيل له يقول سمعت واستبان لى قال يسمى به فانظر فيه فتوقف لدينه وفضله فيما لم يحققه وأنفذه أصبغ من رأيه لما تحققه ثم استصوبه ابن القاسم واحتج على صحة الحكم به مع يمين الزوجة بان قال ان يمينها على مال فهذا وجه هذه المسئلة لكن الموثقين خلطوا الوجهين فى عقودهم فغيروا وامعناهما والله أعلم (مسئلة) وان خالع امرأته على مال وأخذ منها حميلا بما لحقه من درك فقد حكى أبو عبد الله بن العطار انها ان أثبتت الضرر لم تسقط التبعة عن الحميل فيما ضمنه لانه لم يكره بضرب ولا غيره ولا يرجع الحميل على المرأة بشئ وقد ذهب بعض فقهاء الصقليين الى هذا (مسئلة) ولو ثبت اضرار الزوج بها والتزم هو تصديقها فى ذلك ففى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فيمن تشكت امرأته ضرره فاشهد لها ان عاد فهى مصدقة فى ذلك وأمرها بيدها تطلق نفسها البتة فأشهدت بعد أيام وزوجها غائب ان زوجها عاد الى أذاها وانها طلقت نفسها وأنكر الزوج أن يكون أذاها ثم قدمت المرأة وزعمت انها كذبت فيما شكت من الأذى ولا يعرف ذلك الا بقولها قال قد بانت منه ولزمه ما قضت لانه جعلها مصدقة وقال مثله أشهب ص ﴿ قال مالك لا بأس بأن تفتدى المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاها ﴾ ش وهذا كما قال انه يجوز للرجل أن يطلق المرأة على أن يأخذ منها أكثر مما أصدقها وأقل ومثل ذلك والدليل عليه قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به وهذا عام فى الجنس والقدر الا ما خصه الدليل ومن جهة المعنى ان هذه معاوضة فى ارسال ما يملكه الزوج فلم يكن عوضها مقدرا كالكتابة (مسئلة) ولو خالعها قبل البناء على دار أو ثوب أو عبد وكان قد أصدقها مائة دينار

* قال مالك لا بأس بأن تفتدى المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاها

قبضتها أولم تقبضها فانها ترد المائة قاله ابن القاسم واحتج بما قدمناه من انه ان لم يرض منها الا بما كان في يدها مما لم يجرله ذكر في النكاح فبأن ترد ما يدفع اليها أولى وأحرى وقال أصبغ ان قبضته فلا ترد منه شيأ وان كان ما أعطت الزوج أقل من النصف أو أكثر أو النصف سواء لانه بمعنى الصلح الا أن تشترط الزوجة رد شيء منه (مسئلة) ولو خالعها على عشرة من صداقها قال مالك لها نصف ما بقي لان اشتراطها عشرة من صداقها يقتضي بقاء الباقي على حكمه ولو أعطته عشرة على أن يطلقها تطليقة اتبعته بنصف هذا المهر لانها اشترت بها هذه الطلقة وأما في الخلع المبهم فلا تتبعه بشيء خلعته بعطية أو بغير عطية وأما بعد البناء فلا ترد هي ما قبضت من الصداق ان كانت قبضته وتتبعه بما عليها من مهرها ان كانت لم تقبضه (مسئلة) وهذا اذا كانت مالكة أمر نفسها فان كانت محجورا عليها بأب أو وصي أو سيد يحجر على أمته فانه لا يصح خلعها فان وقع الطلاق نفذ الخلع وارتجع الولي ما أعطته من المال وطالب بما وهبته من صداق أو غيره لانها لا تصرف لها في مالها فكان للولي استرجاع ما أمضت منه وهذا المشهور من قول أصحابنا وفي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في التي لم تبلغ المحيض وقد بنى بها الزوج فصالحته على ما أعطته ان ذلك نافذ وله ما أخذ ان كان مما يصالح به مثلها ووجه ذلك أنها مالكة أمرها في الاستمتاع ولها أن تسقط حقها اذا شاءت فكان لها المعاوضة عنه باستخلاصه على عوض تدفعه اذا لم يكن في ذلك غبن عليها كما يجوز لها أن تشتري خبزا لقوتها لما كانت تملك أكله أو تركه ولم يكن للولي نظر في ذلك وقال أبو بكر بن اللباد ان المعروف من قول أصحابنا ان المال مردود والخلع ماض (مسئلة) وهذا اذا لم تكن بلغت فان كانت بالغا فقد قال سحنون يجوز أن تفتدي من زوجها قبل البناء وله ما أخذ ولا رجوع لها فيه وقال أصبغ لا يجوز ما بادلت به الصغيرة ولا السفيهة البالغ وكذلك بعد موت الأب ويرد الزوج ما أخذ ويمضي الفراق وقول سحنون مبني على ان اليتيمة البالغ مالكة أمر نفسها وهو قوله وقول أصبغ مبني على انها محجور عليها وهو المشهور في المذهب وبالله التوفيق (مسئلة) وأما الصغير فيجوز أن يخالع عنه الأب والوصي ولا يطلق عليه الا على وجه المبارأة وأما البالغ السفيه فقال ابن الماجشون لا يجوز أن يخالع عنه أب ولا وصي لانه يملك الطلاق وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية يباري عن السفيه ويزوجه بغير أمره وهذا الخلاف مبني على اختلاف أصحابنا في اجباره على النكاح والله أعلم (مسئلة) فان كان الولي أبا فلا خلاف في المذهب انه يجوز له أن يخالع عنها وان كان وصيا فهل له ذلك أم لا المشهور من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك انه ليس ذلك لأحد الا الأب وروى ابن نافع عن مالك ان الوصي يخالع عن اليتيمة يزوجها أبوها ويلزمها ذلك وجه القول الأول ان من لا يملك الاجبار بنفسه لا يملك الخلع كالولي الذي ليس بوصي ووجه الرواية الثانية انه ولي يحجب سائر الأولياء حال البكارة كالأب وروى زياد بن جعفر عن مالك لا بأس أن يباري الولي والخليفة عن الصغيرة (مسئلة) وأما المريضة ففي كتاب ابن المواز عن مالك لا يجوز الخلع وروى ابن عبد الحكم عنه جواز ذلك وجه القول الأول انه عاوضها بالطلاق على أمر لا تملكه لان الزوجة لا تملك تصيير ما لها اليه حال مرضها ووجه القول الثاني ان مرض أحد الزوجين لا يمنع وقوع الطلاق فلم يمنع المقصود به من ازالة الملك (فرع) اذا قلنا انه يجوز الخلع فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك يكون له خلع مثلها ويرد ما بقي وقال ابن القاسم ان ماتت من ذلك المرض فله قدر ميراثه الا أن تكون ما خالعته به أقل فله الأقل وجه القول الأول ان هذا معاوضة بما يرسل الزوج من ملك بضعها وهي في مرضها

غير ممنوعة من المعاوضة بمالها وانما هي ممنوعة من المحاباة فلذلك كان له خلع مثلها ومنع المحاباة ان زادته على خلع مثلها ووجه قول ابن القاسم ان الميراث كان له ان ماتت من مرضها فان خالعته بأقل من ذلك فقد رضي باسقاط بعض حقه فكان له ما أبقى منه (فرع) فاذا اعتبر ناميراثه منها فانما ينظر في ذلك الى مالها من يوم ماتت ولا يحسب عليها ما أنفقت قال محمد ولا ما تلف وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتبية انما يعتبر بقدر ميراثه منها يوم الصلح ولا ينظر الى ما تلف من مالها بعد ذلك وجه القول الاول وهو قول محمد ان الميراث انما يكون يوم موتها فوجب أن يكون الاعتبار بقدره ذلك اليوم ووجه قول ابن القاسم ان العقد انما لزم يوم الصلح فيجب أن يكون ما يعتبر به العوض منها بما كان عليه يوم لزوم العقد

﴿ طلاق المختلعة ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع ان الربيع بنت معوذ بن عفراء جاءت هي وعمها الى عبد الله بن عمر فأخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان بن عفان فبلغ ذلك عثمان بن عفان فلم ينكره وقال عبد الله ابن عمر عدتها عدة المطلقة ﴾ ش قول الربيع انها اختلعت من زوجها وبلغ ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه فلم ينكره أرادت بذلك انه أمر غير محظور على أحد الزوجين اذا لم يكن ذلك عن ظلم أحدهما الآخر وقد يجوز أن يخالع الرجل المرأة من غير أمر يقتضيه الا رغبة المرأة عن الزوج وكراهيتها له وقد خالع ثابت بن قيس بن شماس زوجه حبيبة بنت سهل بحكم النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فكيف ينكره عثمان بن عفان رضي الله عنه ولعله قد شاهد ذلك الخلع أو بلغه والله أعلم وقد احتج محمد بن المواز في ذلك بقوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا فأفرد الاعراض من النشوز

(فصل) وقول عبد الله عدتها عدة المطلقة يريد المطلقة التي لم تعط على ذلك عوضا ومعنى ذلك ان العدة عن الطلاق لا تختلف باختلاف الطلاق بل هي سواء في الطلاق على وجه الخلع بالعوض والطلاق المبتدأ من غير عوض والله أعلم ص ﴿ مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب كانوا يقولون عدة المختلعة مثل عدة المطلقة ثلاثة قروء ﴾ ش قولهم رضي الله عنهم ان عدة المختلعة مثل عدة المطلقة على ما تقدم ثم فسر واذلك بانها ثلاثة قروء وهذا في ذات الاقراء ولم يريدوا بذلك انها لا تساويها الا في الاقراء بل هي مساوية لها في العدة بالحمل والشهور والمرتابة كما هي مساوية لها في الاعتداد بالاقراء والله أعلم (مسئلة) والخلع طلاق وليس بفسخ خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله ان الزوج أخذ عوضا على ارسال ما يملكه والذي يملك الطلاق دون الفسخ ووجه آخر ان كل فرقة يصح ابقاء النكاح مع الموجب لها وانها طلاق كفرقة العنين والمعسر بالنفقة ص ﴿ قال مالك في المفتدية انها لا ترجع الى زوجها الا بنكاح جديد فان هو نكحها ففارقها قبل أن يمسها لم تكن له عليها عدة من الطلاق الآخر وتبني على عدتها الأولى قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك ﴾ ش قوله رحمه الله في المفتدية ان حكمها حكم المختلعة وقد روى ابن وهب عن مالك أن المبارئة هي التي تبارئ من زوجها قبل البناء بها فتقول خذ الذي لك واتركني والمفتدية هي التي تعطيه بعض الذي لها وتمسك بعضه وكذلك المصالحة والمختلعة هي التي تعطيه جميع مالها وتخلع عنه وفي المدنية من رواية محمد بن يحيى عن مالك مثل ذلك في المبارئة والمفتدية والمختلعة وروى عيسى

﴿ طلاق المختلعة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع ان الربيع بنت معوذ بن عفراء جاءت هي وعمها الى عبد الله بن عمر فأخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان ابن عفان فبلغ ذلك عثمان ابن عفان فلم ينكره وقال عبد الله بن عمر عدتها عدة المطلقة * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب كانوا يقولون عدة المختلعة مثل عدة المطلقة ثلاثة قروء * قال مالك في المفتدية انها لا ترجع الى زوجها الا بنكاح جديد فان هو نكحها ففارقها قبل أن يمسها مالم يكن له عليها عدة من الطلاق الآخر وتبني على عدتها الاولى * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك

ابن دينار عن مالك ان المبارئة هي التي لا تأخذ شيأ ولا تعطى والمختلعة هي التي تعطى وهذا كله يكون قبل الدخول وبعده فما كان قبل الدخول فلا عدة فيه قال القاضي أبو محمد هذه الألفاظ الأربعة تعود الى معنى واحد وان اختلفت صفاتها من جهة الايقاع وفسرها بما قدمناه والله أعلم

(فصل) وقوله في المفتدية انها لا ترجع الى زوجها الا بنكاح جديد يقتضي فصلين أحدهما ان طلاقه ليس برجعي بل هو بائن خلافا لأبي ثور والدليل على ما نقوله انها انما أعطته العوض لتملك نفسها ولو كان طلاق الخلع رجعيا لم تملك نفسها ولم تنتفع به ولا جمع للزوج العوض والمعوض عنه والفصل الثاني ان له أن يتزوجها بنكاح جديد في العدة وبعدها فأما بعد العدة فهو أحد الخطاب وأما في العدة فان العدة منه فلا تمنعه عقد النكاح وانما تمنع غيره فان كانت حائلا فذلك مباح له في جميع أوقات العدة وان كانت حاملا فذلك له ما لم يثقل حملها فتكون حينئذ بمنزلة من تزوج مريضة وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا مع اطلاق العقد ولو بذلت له العوض وشرط الرجعة ففيها روايتان رواهما ابن وهب عن مالك احداهما ثبوتها وبها قال سحنون والثانية نفيها قال سحنون وجه الرواية الاولى انهما قد اتفقا على أن يكون العوض في مقابلة ما سقط من عدد الطلاق وذلك جائز ووجه الرواية الثانية انه شرط في العقد ما يمنع المقصود منه فلم يثبت ذلك كما لو شرط في عقد النكاح أن لا يطأ

(فصل) وقوله فان هو نكحها ففارقها قبل أن يمسها لم يكن عليها عدة من الطلاق الآخر يريد رحمه الله لان هذا نكاح لم يمس فيه فلا تثبت فيه عدة لقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وهذا ان كان تزوجها بعد انقضاء العدة فان تزوجها وفارقها قبل أن تنقضي العدة فهي على عدتها الاولى لان النكاح الثاني لا يؤثر في العدة ولا يبطل التمادي عليها الا بالمسيس فاذا عرا من المسيس فلا يثبت فيه حكم العدة وبالله التوفيق ص ﴿قال مالك اذا افتدت المرأة من زوجها بشئ على أن يطلقها فطلقها طلاقا متتابعا نسقا فذلك ثابت عليه فان كان بين ذلك صمات فما أتبعه بعد الصمات فليس بشئ﴾ ش قوله رحمه الله اذا افتدت المرأة من زوجها بشئ على ان يطلقها طلاقا متتابعا نسقا فذلك ثابت عليه يريد ان من قال لزوجته في طلاق الخلع الذي تبين به الزوجة وتخرج به عن حكم الزوج أنت طالق أنت طالق أنت طالق وكان ذلك متصلا فان حكمه في اللزوم حكم من قال لها ذلك في لفظ واحد أنت طالق ثلاثا خلافا للشافعي والدليل على ذلك ان نسق الكلام بعضه على بعض متصلا يوجب له حكما واحدا ولذلك اذا اتصل الاستثناء باليمين بالله أثر وثبت له حكم الاستثناء واذا انفصل عنه لم يكن له تعلق بما تقدم من الكلام

(فصل) وقوله رحمه الله فان كان بين ذلك صمات فليس بشئ يريد ان لم يتصل كلامه وتخلله صمت أو كلام لم يتعلق بما قبله ولما كانت المختلعة لا يلحقها طلاق مبتدأ لم يلحقها طلاق يتخلل بينه وبين المخالعة صمات لان ما حال بينه وبين طلاق صمت فهو كلام مبتدأ له حكم الطلاق المبتدأ ولما كانت المختلعة لا يلحقها طلاق في العدة لم يلحقها الطلاق الذي حال بينه وبين الطلاق الأول صمت وقال أبو حنيفة يلحق المختلعة الطلاق في العدة والدليل على ما نقوله ان هذه لا يلحقها طلاقه بلفظ يعمها وسائر نسائه فلم يلحقها طلاق يخصها أصل ذلك المطلقة قبل البناء والله أعلم

* قال مالك اذا افتدت المرأة من زوجها بشئ على أن يطلقها فطلقها طلاقا متتابعا نسقا فذلك ثابت عليه فان كان بين ذلك صمات فما أتبعه بعد الصمات فليس بشئ

عويمرا العجلانى جاء الى عاصم بن عدى الانصارى فقال له يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سل لى ياعاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى أهله جاءه عويمر فقال ياعاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم لعويمر لم تأتنى بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التى سألته عنها فقال عويمر والله لا أنتهى حتى أسأله عنها فقام عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل فيك وفى صاحبتك فاذهب فائت بها قال سهل فتلاعنا وأنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين

﴿ ماجاء فى اللعان ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب أن سهل بن سعد الساعدى أخبره أن عويمرا العجلانى جاء الى عاصم ابن عدى الأنصارى فقال له ياعاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سل لى ياعاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى أهله جاءه عويمر فقال ياعاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم لعويمر لم تأتنى بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التى سألته عنها فقال عويمر والله لا أنتهى حتى أسأله عنها فقام عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل فيك وفى صاحبتك فاذهب فائت بها قال سهل فتلاعنا وأنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين ﴾ ش قوله ان عويمرا العجلانى يقال انه عويمر بن أبيض العجلانى جاء الى عاصم بن عدى على حسب ما يلجأ الناس فى مهم أمورهم وما دهمهم الى أهل الفضل والعلم والتقدم منهم وعويمر هذا من أقارب عاصم بن عدى المذكور فلجأ اليه ليسئل له النبى صلى الله عليه وسلم فيما نزل به لكون عاصم ممن يقرب من النبى صلى الله عليه وسلم لتقدمه وفضله مع علمه ودينه فكان أعلم بما سئل فيه وأوعى للجواب عنه وقد روى البخارى عنه من حديث القاسم بن محمد عن ابن عباس ذكر المتلاعنان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم بن عدى فى ذلك قولا ثم انصرف فأتاه رجل من قومه فقال له انه وجد مع امرأته رجلا فقال عاصم ما ابتليت بهذا الأمر الا لقولى

(فصل) وقوله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يصنع وهذا من التحرز فى السؤال لئلا يصرح بقذف من نسب اليه ذلك فيجب عليه الحد ولعله كان يعتقد أن مثل ذلك يجب عليه فى امرأته لان حكم اللعان لم يكن نزل بعد ولعله أيضا لم يرد أن يعلن بخبره وأراد أن يكون اعلانه وكتمانه على حسب ما يبدو اليه من حكم القضية ولذلك استناب عاصم بن عدى فى السؤال ومعنى قوله أيقتله فتقتلونه على وجهين أحدهما هل يجب عليه فى قتله القصاص والثانى هل من وجه يصل به الى ازالة ما أصابه عن نفسه والى شفاء غيظه بغير هذا الوجه من قتله الذى اذا فعل قتل به ثم قال سل لى ياعاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم

(فصل) وقوله فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد والله أعلم انه كره مثل هذا أن يقذف رجل امرأته ويرميها بزنى من غير أن تقدم له بينة بما يدعيه لما اعتقد أن الحد يجب عليه كما يجب فى قذفه الأجنبية ولذلك روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لهلال بن أمية لما قذف امرأته عند النبى صلى الله عليه وسلم البينة والاحد فى

ظهرك فقال هلال والذي بعثك بالحق انى لصادق فلينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد فنزل والذين يرمون أزواجهم حتى بلغ ان كان من الصادقين ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم كره التسرع في ذلك النظر ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم كره السؤال لمعنى يقترن به فكرهه لوجهين أحدهما أن يكون من سؤال من يريد به التشغيب ولا يقصد التفقه كما كان يسئله بعضهم عن ناقة ضلت له أو من أبوه وما جرى مجرى هذا وقد روى عنه أنه قال اتركوني ما تركتكم فانما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم لانبيائهم واختلافهم عليهم والوجه الثاني انه كان صلى الله عليه وسلم يكره كثرة السؤال لما فيه من التضييق على الناس وان لم يسئل عنه ووكل الناس فيه الى اجتهاد علمائهم واذا سئل عن القضية ونص عليها لزم امتثال ذلك النص ولم تحل مخالفته وربما كان فيه بعض التشغيب فيؤدي ذلك الى التضييق على الناس وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال ان أعظم الناس جرما من سأل عن شيء لم يحرم فحرم من أجل مسئلته وليس هذا حكم سائر الناس وتسائلهم عن المسائل فانه من قصد بسؤال العالم التبكيت والتعنيت والأذى لم يجز ذلك سواء وجد عنده علما أو لم يجد لفساد مقصد السائل فان سأل على سبيل المناظرة والمجاراة فيها ليتبين الحق أو يبديها في النظر ويستعان بذلك على استعماله اذا احتيج اليه فهو وجه من السؤال صحيح ولو سأل على سبيل الاستفتاء من فرضه ذلك فهذا أمر واجب والله أعلم وليس في شيء من هذين الوجهين اللذين ذكرناهما وجه يتوقع الآن لان الشرع لا ينتقل عن الجواز الى المنع لتكلم العلماء في وقتنا هذا في المسائل ولا لسؤال العالم وفتياه في الاحكام

(فصل) وقوله فلما رجع عاصم الى أهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد في مسئلته التي كلف عاصما السؤال عنها الا انه انما جاءه مقتضيا الجواب فيها حين كلفه السؤال عنها فقال له عاصم لم تأتني بخير يريد ان ما كلفتني من السؤال لم يثمر خيرا ولا سببه فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد كره مسئلتك وهذا يقتضي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخبر عنها بشيء غير ما أظهر من كراهية السؤال وعلى هذا ينبغي للعالم أن لا يسرع بالجواب عما استفتي فيه اذا لم يتبين له وجه الصواب فيه واذا خاف أن لا يتسبب به الى محظور حتى يكشف عن وجهه وسببه وجهة السائل ومقصده ما أمكنه

(فصل) وقول عويمر والله لا أنتهي حتى أسأله عنها يريد استدامة ما كان عليه من السؤال عن مسئلته وطلب حكمه ولم يرده عن ذلك ما ظهر اليه من كراهية النبي صلى الله عليه وسلم لمسئلته حين لم يمكنه الصبر على ما زعم انه ظهر اليه ولم يعلم ماله في ذلك من القول والفعل ولعله خاف حلا فاحتاج الى أن يعلم وجه نفيه عنه ولعله قد تأول في الكراهية لمسئلته بعض ما ذكرناه مما لا يمنعه السؤال عنها ان كانت قد نزلت به أو لعله رجا أن يبين من حاله اذا سأله ما يصل به الى معرفة ما يريده من غير أن يوجب على نفسه حدا أو ترتفع به الكراهية فلما جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عن مسئلته بمثل ما كان كلف عاصما أن يسأل له عنها وقوله في رجل وجد مع امرأته رجلا يحتمل أن يكون زاد على هذا انه رآها تزني معه ويحتمل أن يكون اقتصر على هذا اللفظ فقط فان كان فسر ذلك فقد قال القاضي أبو محمد انه اذا ادعى الرؤية ووصف ذلك كما يصف الشهود على احدى الروايتين وادعى الرؤية ولم يفسر ها على الرواية الثانية فان له أن يلاعن وأما اذا لم يدع رؤية فهل يلاعن أم لا فعن مالك في ذلك روايتان احداهما يلاعن وبه قال أبو حنيفة والشافعي والثانية انه يحد ولا يلاعن وجه قولنا

انه يلاعن قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يفرق بين أن يدعى رؤية أولا ولانه قاذف لزوجته لم يتبين كذبه فكان له أن يلاعن كما لو ادعى رؤية ووجه الرواية الثانية انها حرة عفيفة مسلمة قذفها من لم يحقق قذفه فلزمه الحد كالأجنبي ولفظ الوجود مع امرأته ليس بصريح فى القذف ولو قال رجل وجدت مع امرأتى رجلا فى لحافها أو وجدتها قد تجردت لرجل أو وجدتها وهى مضطجعة مع رجل عريانين ففى المدونة عن ابن القاسم لم أسمع من مالك فى ذلك شيأ الا أنه لا لعان بين الزوجين الا أن يرميها بزنى أو ينفى حملها فأرى اذا لم يكن له بينة على ما ذكر فعليه الأدب دون الحد ووجه ذلك اذا فهم منه انه لم يرد الا الاخبار عما تلفظ به وأما لو فهم منه انه أراد التعريض ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب يحد الزوج فى التعريض ولا يلاعن وقد وجدت فى غير هذا الموضع انه يلاعن وجه القول الأول انه لا معنى للتعريض بل هو دليل على كذبه لان من امتحن بمثل هذا لا يقدر على الامساك والسكوت ولذلك جعل له المخرج باللعان فاذا عدل عن التصريح الى التعريض دل ذلك على كذبه

(فصل) وأما قوله وجد مع امرأته رجلا فانه يريد زوجته لان هذا اللفظ اذا أطلق فهم منه الزوج فاقتضى ذلك اضافة القذف الى الزوجية ولو أضافه الى غير الزوجية بأن يقول رأيتك تزنى قبل أن أتزوجك فلا خلاف نعلمه فى المذهب انه يحد ولا يلاعن والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ثم خصه بقوله والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فخص الأزواج بحكم اللعان فاقتضى ذلك أن من أضاف القذف الى غير زوجه يحد ولا يلاعن ومن جهة المعنى انه قذفها بزنى ولو حملت منه لم يلحقه فلزمه الحد كما لو كانت أجنبية حين القذف ووجه آخر انه لو قذفها وأنكر حملها ثم استدام الزوجية والوطء لظهر بذلك كذبه وحد فاذا تزوجها بعد الوقت الذى زعم انها زنت فيه فبأن يحد ولا يلاعن أولى وأحرى

(فصل) وقوله وجد مع امرأته رجلا فيه تحرز من التصريح باسم المقذوف لانه لو صرح به ولم تقم له البينة لكان قاذفا له يجب عليه الحد ولم يتخلص منه باللعان خلافا للشافعى انه يسقط ذلك تلاعن الزوجة والدليل على ما نقوله انه شخص لا يجب عليه الحد بالتعان الزوج فلم يسقط قذفه بلعانه مع كونه ممن يحد قاذفه كالمرأة الاجنبية (مسئلة) فان حد للرجل المسمى فانه يسقط عنه اللعان قال سحنون ووجه ذلك ان من حد بقذف رجل دخل فيه كل قذف ثبت عليه قبل ذلك الحد لمن قام به أو لمن لم يقم به (مسئلة) واذا لم يسمه فلم يجب عليه حد خلافا لاحد قولى الشافعى انه يجب عليه الحد وان لم يسمه والدليل على ما نقوله ان حد القذف لا يجب استيفاؤه الا بمطالبة مستحقه واذا كان مجهول العين والاسم لم تصلح المطالبة به فلم يجب الحد كما لو قال رأيت رجلا يزنى

(فصل) وقوله أرأيت رجلا وجد مع امرأته سؤال عام لكن جوابه صلى الله عليه وسلم خاص بقوله قد نزل فيك وفى صاحبتك قرآن فاذهب فأت بها وقال السائل أيقتله فيقتلونه أم كيف يفعل وقد سأل عن قصته بلفظ الغائب لئلا يلزمه حكم الاقرار وأقره النبى صلى الله عليه وسلم على ذلك لما كان فيه من تسليم نفسه من حد القذف والذهاب الى التستر ان ذهب اليه ان كان وقع له سهو أو قلة استثبات وقوله أيقتله فيقتلونه واقرار النبى صلى الله عليه وسلم له على ذلك دليل على ان من وجد مع امرأته رجلا فقتله فانه يقتل به

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي صاحبتك قرآن فاذهب فائت بها يقتضي أن النبي صلى الله عليه وسلم قد عرف انه صاحب المسئلة ولعل ذلك كان بالوحي الذي أنزل في قصته ما فاعلم فيه ان السائل وان كان ورى فلم يضف الأمر الى نفسه فانه صاحب ذلك والمبتلى به فأعلمه النبي صلى الله عليه وسلم انه قد أنزل فيه وفي صاحبته بعد ما تقدم أوحي اليه أن المسئلة مما لا بد للناس منها ومما يجب أن يباح لهم السؤال عنها أو يكون ظهر ذلك اليه قبل الوحي والله أعلم

(فصل) وقول سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم يدل على انه ليس من سنة اللعان الاستتار به بل من سنته احضار الناس له ليشتهر أمره بلحوق النسب بالزوج أو انتقاله عنه ولا يكون الا عند الامام أو الحاكم لانه حكم يفتقر الى حاكم به (مسئلة) وهو جائز في كل وقت من أوقات النهار قاله مالك في كتاب محمد وذلك انه حكم فلم يختص بوقت دون وقت قال ابن وهب ويكون بإثر صلاة قال مالك وبإثر مكتوبة أحب الي وقد كان ذلك عندنا بعد العصر ولم يكن سنة يريد انها يمين تقتضي التغليظ فغلظت بالوقت على جهة الاستحباب لما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث لا ينظر الله اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم رجل كان له فضل ماء بالطريق يمنعه من ابن السبيل ورجل بايع إماما لا يبايعه الا بدنيا فان أعطاه منها رضي وان لم يعطه منها سخط ورجل أقام سلعته بعد العصر فقال والله الذي لا اله الا هو لقد أعطيت بها كذا وكذا فصدقه وفي ذلك فائدة اجتماع الناس مع الانصراف من عبادة تذكر بالله تعالى وتنهى عن الباطل قال الله تعالى ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر وقال عبد الملك بن الماجشون لا يكون الا بإثر صلاة وفي مقطع الحقوق فكأنه جعل ذلك شرطا كالمكان وأما التغليظ بالمكان فانها يمين فيما له بال يحتاج الى التغليظ فكان من شرطها أن تغلظ بالمكان كاليمين في الحقوق وعليه جماعة العلماء وقد روى ابن جريج عن ابن شهاب في هذا الحديث فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد وأما اليهودية والنصرانية فتلاعن بحيث تعظمه من البيع والكنائس قاله مالك (فرع) فان كان هناك عذر يمنع من دخول مقطع الحق فلا يخلو أن يكون انقضاؤه معتادا كالحيض أو لا يكون معتادا كالمرض فان كانت حائضا لاعن هو لما يريد من الاستعجال ويخاف أن ينزل به مانع من اللعان هذا الذي قاله أصحابنا ويحتمل أن يلزمه ذلك ليبرأ عن نفسه الحد وتؤخر هي الى أن تطهر فتلاعن فان كان مريضا وكانت مريضة أرسل الامام الى المريض منهما عدولا رواه في العتبية أصبغ عن ابن القاسم ووجه ذلك انه حكم من سنته التعجيل والمرض لا يدرى له غاية فسقط المكان بالتعجيل للضرورة والله أعلم

(فصل) وقوله فلما فرغا من تلاعنهما يريد أكمل كل واحد منهما من ذلك ما يجب في حقه قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها يريد أنه ان أمسكها بعد ما علم وتيقن من حالها الموجب للعانها فهو كاذب عليها ويحتمل أن يريد به ان ذلك مما يبين كذبه وهو كما قال ان من زعم أن زوجته قد زنت وثبت في حقه اللعان اما برؤية أو قذف أو انتفاء من حمل ثم ظهر منه من البقاء على ذلك والسكوت عنه طويل المدة أو وطئها أو الالتذاذ بها ما يدل على امساكها فانه يبطل حقه من اللعان ويتبين بما فعله كذبه ويجب عليه الحد وهو الذي قاله مالك وجماعة أصحابنا والوجه الثاني أن يقول اني أحكم على نفسي بحكم الكاذب ان أمسكتها كما يقول القائل أنا فاسق ان لم أفعل كذا وأنا ظالم ان تركت حقي وما جرى مجرى ذلك

(فصل) وقوله فطلقها ثلاثا يريد انه أتى بهذا اللفظ وهو قوله هي طالق ثلاثا ويحتمل أن يريد به ان ذلك مقتضى قوله كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها لان المفهوم من قوله هذا ان من دليل صدقه أن لا يمكنه المقام معها ولا الامساك لها على حكم الزوجية وهذا يقتضي الطلاق الثلاث لانه لو طلقها طلاقا رجعيا لكان في معنى الممسك لها ولا يستدل بذلك على صدقه لان من اطلع من زوجته على مثل هذا يبلغ به الغضب الى أنه لو استحل قتلها لقتلها فان امتنع من ذلك للشرع أبانها أو أبعدها بأكثر ما يمكنه حتى لا يراها ولا يقدر أن يسمع ذكرها ولا خبرها فكيف أن يمسك عصمتها ويحتمل أن يكون ذلك آخر طلقة بقيت له فيها بوصف طلاقه كله فيها ما أوقع قبل اللعان وما أوقع بعده فان كان صرح في طلاقها بالثلاث ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع أن ايقاع الثلاث ممنوع على ما قاله مالك وأصحابه فانه يحتمل أن يكون ترك الانكار عليه لما كان ذلك أمرا واجبا بالشرع ولعله قد جرى في المجلس ما علم به عويمر حكم ذلك أو أوقعه ابتداء لما بلغ به الغضب من فعلها والبغض لها والغيظ عليها فلم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم لما كان ذلك حكمه لو لم يبرأ به فان طلاق اللعان تحريمه مؤبد وهو أشد من الثلاث لان تحريم الثلاث يرتفع بوجه وتحريم اللعان لا يرتفع بوجه فكان بمنزلة من علم من حاله انه قد طلق زوجته طلقتين فطلقها بعد ذلك ثلاثا فانه لم يواقع محظورا لانه لا تأثير لقولنا ثلاثا الا ما يؤثر قوله أنت طالق لاسيما اذا نوى ان ذلك آخر ثلاث تطليقات طلقها ومع هذا فان قذفها بالزنى يقتضي مباعدتها فلو وطئها بعد ان قذفها حد ولم يلاعن لانه أكذب نفسه بذلك فكان فراقه تصديقا لقوله فيما قذفها به وما وجد منه قبل ذلك من الوطء فلا تأثير في ذلك قال ابن القاسم في العتبية انه اذا قذفها وقال رأيتها تزني لاعن ولم يسأل هل وطئها قبل ذلك ولا يضره ان أقر بذلك فان أقر انه وطئها بعد ذلك حد ولم يلاعن ولحق به الولد وهذا مبني على انه لا يراعى الاستبراء

(فصل) وقوله قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك يقتضي أن الفرقة تقع من غير حكم حاكم بذلك ولا يصح أن يقال ان هذه الفرقة انما وقعت بان طلق ثلاثا لان فرقة اللعان مؤبدة باجماع اذا لم يكذب نفسه وفرقة الثلاث لا تتأبد ولا تتعلق بالتمادي على حكم اللعان وقال أبو حنيفة لا تقع فرقة اللعان الا بحكم حاكم والدليل على ذلك الحديث المتقدم فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فكانت سنة المتلاعنين ومن جهة المعنى انها فرقة تجب باللعان فاستغنت عن حكم الحاكم ولو احتاجت الى ذلك لم تجب باللعان ودليل ثان وهو ان هذه فرقة تقتضي تحريما مؤبدا فلم تفتقر الى حكم حاكم كالفرقة الواقعة بتحريم الرضاع والمصاهرة (فرع) ولا تقع الفرقة بالتعان الزوج حتى تكمل المرأة الالتعان خلافا للشافعي في قوله تقع الفرقة بالتعان الزوج وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية ان الفرقة تقع بلعان الزوج ولكن لا تتم الا بلعانها وبذلك يدرأ عنها العذاب وهذا الخلاف في المذهب انما هو خلاف في عبارة لأن الفرقة لا تتبعض ولا خلاف عند أصحابنا انها لو لم تلاعن لم تثبت بينهما فرقة وكذلك لو أكذب نفسه قبل اتمام التعانها وقد نص عليه مالك ووجه ما نقوله ان التلاعن لم يكمل فلم تقع الفرقة كما لو بقي من لعان الزوج شئ (مسئلة) وليس على الامام أن يأمر المتلاعن باثر الفراغ من اللعان بالطلاق لأنه لا تأثير لذلك ولم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أمر بذلك فيقضي بما صح عنه رواه ابن مزين عن عيسى قال اني لأحب للزوج ان يطلق مثل ما صنع عويمر وان لم يفعل فيكفي في ذلك ما مضى من

سنة المتلاعنين انهما لا يتناكحان أبدا وهو الذى قاله عيسى لا تأثير له ولا يتعلق له حكم أكثر من اظهار الزوج ما يدل على صدقه من الاصرار على مفارقتها والابعاد لها واظهار معرفته بما يقتضيه اللعان من التحريم ويقتدى فى ذلك بما فعله أحد الصحابة بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم فأقره عليه وهو معنى اللعان ألا ترى ان سكوته عنها بعد علمه دليل على كذبه فيستحب له أن يأتى من ذلك بما يؤكد صدقه

(فصل) قول ابن شهاب فكانت تلك سنة المتلاعنين يريد أن الفرقة بينهما سنة ثابتة بين المتلاعنين ويحتمل أن يريد بذلك استحباب اظهار الطلاق بعد اللعان على ما قاله عيسى بن دينار ويحتمل ان يريد بذلك وقوع الفرقة بينهما بانقضاء اللعان وتأبيد التحريم والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رجلا لاعن امرأته فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة ﴾ ش قوله ان رجلا لاعن امرأته فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها يحتمل معنيين أحدهما ان انتفاءه من ولدها كان سبب اللعان والمعنى الثانى انه لاعنها بدعوى ادعاها من رؤية أو غيرها فلاعن لذلك وانتفى من ولدها فأما نفى الولد فان المذهب انه يجب به اللعان وان عرا عن القذف وقال الشافعى لا يلاعن حتى يقترن به القذف والدليل على ما نقوله ان ضرورته الى نفى الولد أشد من ضرورته الى قذفها لأن به حاجة الى ان يزيل عن نفسه نسبا ليس منه وذلك يصح بنفى الولد أكثر مما يصح بالقذف فاذا جاز له أن يلاعن بالقذف لحاجته اليه فلان يلاعن لنفى الحمل وحاجته آكد أولى وأحرى

(مسئلة) ونفى الولد يكون على وجهين أحدهما ان يظهر بها حمل فينفيه والثانى ان تلد ولدا فينفيه فاما ظهور الحمل فان الزوج اذا رآه فانه لا يخلو ان يقر به أو ينفيه أو يسكت فان أقر به لم يكن له أن ينفيه بعد ذلك فان نفاه حد وأما ان نفاه بعد ذلك فلا يخلو ان يدعى استبراء أو لا يدعيه فان ادعى استبراء فلا خلاف أن له الملاعنة وان لم يدع استبراء فهل يلاعن أو يحد قال مالك فى كتاب الحمل ليس له نفى الحمل الا ان يدعى الاستبراء وهو فى العتبية من رواية أشهب عنه وبه قال المخزومى وابن أبى ذئب قال فى المدونة جل رواة مالك على مراعاة الاستبراء وقد قال به ابن القاسم قال ابن القاسم وابن نافع يلاعن وان لم يدع استبراء ورواه فى الموازية ابن القاسم عن مالك وجه رواية أشهب انه اذا لم يدع الاستبراء لم يصح منه نفى الحمل لجواز ان يكون الولد ولده ووجه الرواية الثانية ان الملاعنة تصح منه بغير الاستبراء ويدرأ عن نفسه الحد بذلك ويحصل من نفى الولد مع ذلك ما هو أعلم به

(فرع) فاذا قلنا انه يراعى الاستبراء فكم يجزىء منه المشهور من مذهب مالك يجزىء منه حيضة واحدة وروى عبد الملك عن مالك ثلاثة اقراء وجه رواية ابن القاسم ان الاستبراء ههنا انما يقصد به تحقق نفى الحمل ووجود وجه يقتضيه وذلك يحصل بالحيضة الواحدة كاستبراء الامة لأن هذا الاستبراء ليس بعدة فيعتبر فيه عدد الاقراء ووجه الرواية الثانية انه استبراء لحرة فاعتبر فيه بعدد الاقراء كالعدة (فرع) واذا قلنا بنفى الاستبراء فقال قد كنت أطأ ولا أدرى هل هو منى فلاعن لما ادعاه من الزنا فاختلف فى هذا قول مالك وأصحابه فروى ابن القاسم عن مالك فى الموازية انه منفى باللعان وان كانت بينة الحمل وهذا اغراق والذى أخذ به ابن القاسم انها ان كانت بينة الحمل أو أتت به لأقل من ستة أشهر فهو به لاحق وان كان لاعن على غير هذا فهو منفى باللعان وقال عبد الملك وابن عبد الحكم وأشهب ان لاعن برؤية ثم ظهر حمل فهو به لاحق ولا ينفيه الا بلعان مدعى فيه استبراء

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رجلا لاعن امرأته فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة

(مسئلة) المشهور من المذهب ان الحامل تلاعن اذا نفى الزوج حملها وقال عبد الملك من أصحابنا لا لعان بينهما ولا قذف حتى تضع اذ لعله لا حمل بها وبه قال أبو حنيفة وجه القول الاول قول الله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله الآية ولم يفرق بين حال الحمل وبعد الوضع ومن جهة المعنى ان كل نسب جاز اسقاطه باللعان بعد انفصال الولد جاز اسقاطه قبله كالفراش ووجه الرواية الثانية ما احتج به عبد الملك من انه لا يتيقن حملها فينفيه ولا يتيقن زناها بالتعانه ان نكلت لجواز أن لا يكون ثم حمل (فرع) فان قلنا برواية ابن القاسم فتلاعنا ثم انفش الحمل لم يحد الزوج ولم تحل له أبدا قاله ابن المواز وجه ذلك ان حكم اللعان قد ثبت بينهما فلا يزول التحريم بما يتبين به الكذب كما لو أقر الزوج بالحمل (فرع) ومن أنكر ولده بالعزل لحق الولد به وكذلك كل من وطئ في موضع يمكن وصول الماء منه الى الفرج وكذلك الدبر فان الماء يخرج منه الى الفرج حكاه ابن المواز فأما العزل فوجهه صحيح لانه قد يسبقه من الماء ما لا يشعر به قبل العزل فيكون منه الولد وأما لو وطئ في غير الفرج فانه يبعد عندي أن يخلق منه ولد ولو صح هذا لما جاز أن تحد امرأة ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيد لجواز أن يكون ذلك من وطء في غير فرج فلا يجب به رجم ولا حد وان وجبت به عقوبة أو يكون ما أنزله رجل من غير وطئها فوصل الى فرجها ولما أجمعوا على اقامة الحد عليها اقتضى ذلك ان الماء الذي يخلو منه الولد انما هو ما يخرج بعد التقاء الختانين وانه قد يلتقي الختانان قبل الافتضاض والله أعلم (مسئلة) وأما اذا قذفها بزنا وقال قد وطئتها قبل ذلك ولم استبرئها حتى رأيتها تزني فهذا على رواية ابن القاسم اذا لاعن للرؤية ينتفي الولد الا أن تكون ظاهرة الحمل يوم ادعى الرؤية أو أتت به لأقل من ستة أشهر فيلحق به ويقتضي مذهب ابن الماجشون انه يلاعن للرؤية ويدفع الحد عنه ولا ينتفي بذلك الولد (مسئلة) وانما له انكار الحمل ونفيه حين علم به أو علم بالولادة وأما ان علم بذلك ثم أقام يوما أو يومين لا ينكر فلا انكار له قاله القاضي أبو محمد الا أن يكون له عذر في ترك الانكار وقال أبو حنيفة له انكاره بعد الوضع بيوم أو يومين وان لم ينفه حتى مضت سنة أو سنتان ثم نفاه لاعن ولحق به الولد وبه قال الشافعي في أحد قوليه والدليل على ما نقوله انه قد أكذب نفسه بالامساك عن الانكار وكذلك يجب أن يكون اذا ادعى رؤية قديمة ثم قام الآن بها أن لا يقبل قوله ويحد لان سكوته عن انكار ذلك والقيام به حين رآه دليل على كذبه ويحد رواه ابن حبيب وابن المواز عن ابن الماجشون (مسئلة) وأما نفي ولده فهو أن يقدم من سفره فيجد امرأته قد ولدت أو ادعت ولدا فينفيه وذلك على ضربين أحدهما أن يقول لم تلديه وليس بولدك والثاني أن يقول ولدتيه ولكن ليس مني فاما الأول فاذا قال لم تلديه جملة وقالت هي ولدته منك قال ابن القاسم في الموازية هو منه الا أن ينفيه بلعان وقال أشهب المرأة مصدقة ولا لعان فيه الا أن يقصد نفي الولد منه فيلاعن قال ابن القاسم فان نكل بعد ان نفاه على هذا الوجه ولم يلاعن لم يحد (مسئلة) وأما ان قال ولدتيه وليس مني فقد قال عيسى عن ابن القاسم فيمن غاب عن زوجته عشرة أعوام أو أكثر ثم قدم فوجدها قد ولدت أولادا فأنكرهم وقالت هي هم منه كان يأتيني في السر لم ينفهم الا بلعان ووجه ذلك ما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الولد للفراش فاذا كان الفراش له مع غيبته فما ولد فيه لاحق به ولازم له ولا ينتفي من ولد فيه الا بلعان

(فصل) وقوله ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما لم يرد به انه أوقع الفرقة بينهما وانما أراد به والله أعلم انه أعلمهما بحكمهما وان حكم المتلاعنين انقطاع العصمة بينهما وتأبيد التحريم ووجه ذلك

ماروى في حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم قال أحدهما كاذب لاسبيل لك عليها وهذا اخبار بمقتضى الشرع ولانه ليس ههنا محكوم له فيحكم بذلك عليه مالان حقوق الشرع في التحليل والتحريم ثابتة بالشرع ولاتفتقر الى حكم حاكم كتحريم المصاهرة والرضاع

(فصل) وقوله وألحق الولد بالمرأة يريد انه صرف نسبه الى أمه لانه قبل ذلك كان ينتسب الى أبيه فلما منعه من ان ينتسب الى أب ونسبه الى أمه كان ذلك وجها من الحاقه بها لانه أقامها له في الانتساب مقام الأب بعد أن لم تكن كذلك والله أعلم ص ﴿قال مالك قال الله تبارك وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين ﴾ ش قول مالك قال الله تبارك وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن الى آخره هذا يقتضي اختصاص هذا بالزوجات دون غيرهن اذا لم يكن للازواج شهداء بما يدعون على الزوجات من الزنا وهذا يخرج الزوج عن أن يكون له حكم الشاهد ولو شهد بذلك عليها أربعة أحدهم زوجها لم تتم الشهادة فكان على الزوج أن يلاعن فان تم اللعان بينهما حد الثلاثة الأجنبيون فان أبى الزوج أن يلاعن حد الزوج معهم وقال أبو حنيفة تقبل شهادة الزوج ان لم يتقدم له فيها قذف وترجم المرأة والدليل على مانقوله قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم الآية وجه الدليل من الآية انه استثنى الأزواج من الشهداء فاقتضى أن لا يكونوا شهودا ودليلنا من جهة القياس ان هذه بينة في الزنا لم تتم الا بالزوج فلم يحكم بها كالو تقدم القذف (مسئلة) ولو أقام بينة بزناها فأقيم عليها الحد كان له أن يلاعن قاله مالك والشافعي لانه اذا أثبت زوجها الزنا لم ينتف نسب الولد وان لاعن الزوج ونكلت المرأة أقيم عليها الحد ان كانت بكرا بجلد مائة وان كانت ثيبا بالرجم

(فصل) وقوله فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله الذي ذهب اليه أصحابنا ان ألفاظ اللعان ايمان وقال أبو حنيفة اللعان شهادة والدليل على مانقوله قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فوجه الدليل من الآية انه قرن بلفظ الشهادة قوله بالله انه لمن الصادقين وهذا معنى اليمين فان اليمين قد يقال فيها أشهد بالله لقد كان كذا وكذا والثاني انه أقسم على فعله والشاهد لايشهد على فعله ووجه ثالث انه لاخلاف أن يدفع به عن نفسه الحد عندنا والحبس عند أبي حنيفة وهو عنده عذاب وهذا حكم اليمين فاما الشهادة فلا يصح أن تقبل شهادة الانسان ليدفع بها عن نفسه ضررا ومما يدل على ذلك ماروى عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال بن أمية وزوجته ثم ولدت على شبه الذي قذفت به فقال النبي صلى الله عليه وسلم لولا الايمان لكان له ولها شأن ودليل آخر وهو ماروى نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وفائدة الخلاف في هذه المسئلة أن اللعان يصح من الفاسق والأعمى والشهادة لاتصح من الفاسق ولاتصح عند أبي حنيفة من الاعمى (مسئلة) ويبدأ الرجل باللعان لقول الله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله الآية فبدأ بلعان الزوج ومن جهة السنة ماروى محمد بن سيرين عن أنس بن مالك انه قال أول لعان كان في الاسلام ان هلال بن أمية قذف شريك بن سحماء بامرأته فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال له النبي صلى الله عليه وسلم البينة والاحد في ظهرك فردده عليه مرارا فقال هلال بن أمية والله

* قال مالك قال الله تبارك وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين

يارسول الله ان الله يعلم انى لصادق ولينزلن الله عليك مايبرئ ظهرى من الجلد فبيناهم على ذلك اذ نزلت آية اللعان والذين يرمون أزواجهم الآية فدعا هلالا فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم دعيت المرأة فشهدت على نفسها أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين الحديث ومن جهة المعنى ان الزوج بدأ بالقذف فلزم أن يبدأ باللعان (فرع) فان بدأت المرأة باللعان فهل تعيده بعد التعان الزوج الذى ذكره القاضى أبو محمد عن المذهب أنها لا تعتد بما تقدم من لعانها قبل الزوج وتعيد اللعان وهذا الذى ذكره هو قول أشهب والذى حكاه ابن المواز عن ابن القاسم انها لا تعيد اللعان وبه قال أبو حنيفة وجه القول الأول ما احتج به القاضى أبو محمد من قول الله تعالى ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله وهذا يجب أن يكون بعد ان حق عليها العذاب وذلك لا يكون الا بالتعان الزوج واحتج لذلك أشهب ان هذا بمنزلة الحقوق فلو بدأ الطالب باليمين لم يجزه ذلك الا بعد نكول المطلوب ووجه رواية ابن القاسم أن هذا لعان من أحد الزوجين فيصح أن يقع أولا كلعان الزوج (مسئلة) واذا قذف امرأته ثم أنكر القذف فلما أقامت بذلك عليه بينة ادعى رؤية الزنا فان له اللعان بخلاف الحقوق وله أن يقول أردت التستر رواه أصبغ عن ابن القاسم فى الموازية (مسئلة) واذا قذف الزوج امرأته فعليه الحد وانما له أن يسقطه باللعان وقال أبو حنيفة لا حد عليه ولكن يحبس حتى يلتعن والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ومن جهة السنة حديث أنس المتقدم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية البينة والا حد فى ظهرك ومن جهة المعنى انه قاذف حرة عفيفة فثبت فى حقه الحد كالأجنبية ولو التعن بعض اللعان فبقى منه أقله فقالت المرأة قد عفوت عنك ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم ان ترك الالتعان فلا حد عليه ويلحق به الولد وكذلك لو لم تعف المرأة ولكن أقرت ثم رجعت فاعتذرت بما تعذر به لم يحد واحد منهما وألحق به الولد (مسئلة) فاذا التعن الرجل وسقط عنه الحد فانه يتعلق بلعانه أحكام منها سقوط الحد عنه وتوجهه على المرأة وانتفاء الولد ان كان اللعان يتضمن ذلك وقال أبو حنيفة لا شئ من ذلك وانما تحبس ان امتنعت من اللعان والدليل على ما نقوله قوله تعالى ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين وهذا يقتضى انه قد توجه اليها بلعان الزوج عذاب وهو الحد فان لها أن تدرأه عن نفسها باللعان ودليلنا من جهة المعنى انه معنى يخرج به القاذف من قذفه فتوجه الى المقذوف به الحد أصل ذلك السنة (فرع) وان تمادت على الامتناع من اللعان أنفذ عليها الرجم أو الجلد على ما تقدم فان رجعت ففى كتاب محمد تعود الى اللعان فان نكل الزوج لحق به ولا يحد لانها مقرة بذلك بنكولها وان رجعت بعد ذلك الى اللعان فان حكم النكول باق فى اسقاط الحد عن الزوج ورأيت مثل هذا الابى على بن خلدون وأبى بكر بن عبد الرحمن القرويين وقاسا على طريقتهم له أن يرجع * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى ان فى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم هذا المعنى بعينه ورأيت للشيخ أبى عمران ولأبى القاسم بن الكاتب يمضى عليها وليس لها الرجوع الى اللعان قال أبو القاسم لانها اذا نكلت عن اللعان بعد لعان الزوج فقد صدقته وتحقيق ذلك حق للزوج فليس لها الرجوع عنه كما ليس لها الرجوع عن اقرار بحق لخصم يطلبه (مسئلة) وصفة اللعان قال مالك يقول أشهد بالله وهو اختيار ابن القاسم وقال أيضا مالك أشهد بعلم الله قال ابن القاسم ويقول فى الرواية أشهد بالله انى لمن الصادقين لرأيتها تزنى يقوله فى كل مرة قال

أصبغ ويقول كالمرود فى المكحلة ثم يقول لعنة الله عليه فى الخامسة ان كان من الكاذبين ثم تقول هى أشهد بالله انه لمن الكاذبين ما رآنى أزنى ثم تخمس بالغضب قال ابن القاسم ويقول فى نفى الحمل أشهد بالله انى لمن الصادقين ما هذا الحمل منى قال أصبغ وأحب الى أن يزيد فى كل مرة وازنت وقال ابن القاسم وتقول هى أشهد بالله انه لمن الكاذبين وما زنيت قال أصبغ وأحب الى أن تزيد فى كل مرة وانه لمنه ثم تخمس بالغضب قال أصبغ فان قال هو فى الخامسة مكان ان كنت من الكاذبين ان كنت كذبتها أجزأه ولو قالت المرأة فى الخامسة مكان ان كان من الصادقين انه لمن الكاذبين أجزأها وأحب الى لفظ القرآن وفى كتاب محمد عن ابن وهب يقول هو فى الأربعة أشهد بالله انى لمن الصادقين وفى الخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين وتقول هى أشهد بالله انه لمن الكاذبين وفى الخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين فكأن أصبغ أشار الى ان لفظ اللعان غير متعين وان لهما أن يأتيا بأى لفظ شاآ ورأى الامام اذا كان موافقا للمعنى الا ان لفظ القرآن أفضل والله أعلم وظاهر قول ابن وهب ان لفظه متعين بلفظ القرآن والله أعلم ص

﴿ قال مالك السنة عندنا ان المتلاعنين لا يتناكحان أبدا وان أكذب نفسه جلد الحد وألحق به الولد ولم ترجع اليه أبدا قال وعلى هذا السنة عندنا التى لا شك فيها ولا اختلاف ﴾ ش قال مالك رحمه الله السنة عندنا يريد بما رسم عندهم وأثبت من حكم المتلاعنين أن لا يتناكحا أبدا لان تحريم اللعان مؤبد وقد قال القاضى أبو الحسن فرقة المتلاعنين فسخ وفائدة ذلك ان التحريم مؤبد ولو كان طلاقا لم يتأبد وانما يتأبد بتحريم الفسخ كالرضاع * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى ليس بالبين وذلك ان الفسخ لا يتأبد لنفسه فقد يفسخ النكاح الفاسد ثم يتناكحان بعد وانما يتأبد التحريم أولا يتأبد بما لموجبه الذى أوجب تأبيد التحريم فى الرضاع للرضاع نفسه دون الفسخ لانه لو وجد الرضاع قبل الفسخ لتأبد التحريم وهذا حكم اللعان الذى هو موجب للتحريم المؤبد والأصل فى ذلك ما روى سعيد بن جبير سألت ابن عمر عن حديث المتلاعنين فقال قال النبى صلى الله عليه وسلم أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها وهذا يقتضى التأبيد فيحمل عليه وانما حكمنا بكونه فسخا لانهما مغلوبان على الفرقة من غير ايقاع موقع والطلاق لا يكون الا بايقاع مطلق ووجه ثان انهما مغلوبان على الفرقة من غير فساد عقد النكاح فوجب أن يكون فسخا لان الطلاق لا يغلبان على ايقاعه الا لفساد فى العقد على أحد القولين وعلى القول الآخر فلا يغلبان عليه وما غلب عليه فهو فسخ بكل وجه

(فصل) وقوله وان أكذب نفسه جلد الحد ومعنى ذلك انه أكذب نفسه وأبطل ما كان له من اللعان وصار قذفه لها ظلما فوجب عليه الحد فان قذفها ثانيا بعد أن حد لها فقد قال ابن القاسم فى الموازية يحد الا أن يلاعن وقال عبد الملك يحد ولا يلاعن فقول ابن القاسم مبنى على أن له الرجوع الى اللعان بعد تقرير الحد عليه وقول عبد الملك مبنى على أنه ليس له ذلك

(فصل) وقوله يلحق به الولد معنى ذلك ان الولد لاحق به اذا أكذب نفسه سواء كان ذلك قبل اللعان أو بعده فان كان قبل أن يلاعن الزوج حد ولم يكن له أن يلاعن وان كان بعد أن لاعن هو وقبل أن تلاعن هى جلد الحد وسقط عنها اللعان ويلحق به الولد على كل حال وروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية يرجع عليه بنفقة الحمل وأجر الرضاع ونفقتها بعد ذلك ان كان فى تلك المدة مليا

(فصل) وقوله ولم يرجع عليه أبدا يريد ان اكذابه نفسه بعد اللعان لا يرفع التحريم الواقع بينهما

قال مالك السنة عندنا أن المتلاعنين لا يتناكحان أبدا وان أكذب نفسه جلد الحد وألحق به الولد ولم ترجع اليه أبدا وعلى هذا السنة عندنا التى لا شك فيها ولا اختلاف

باللعان ولا يخلو أن يكذب نفسه قبل اتمام اللعان أو بعده فان أكذب نفسه قبل اتمام اللعان وقد بقى شئ من لعانها قال مالك يحتوهما على نكاحهما وجه ذلك ان اللعان لم يتم بعد فهما على حكم الزوجية بينهما بتمام اللعان وانما تنفصم الزوجية بينهما بتمام اللعان فتى كمل اللعان بينهما فقد بانت منه وتأبد تحريمها فلا تحل له أبدا وان أكذب نفسه وقال أبو حنيفة يرتفع التحريم ويجوز له أن يتزوجها والدليل على مانقوله حديث ابن عمر المتقدم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للزوج من المتلاعنين لاسبيل لك عليها ودليلنا من جهة القياس انه تحريم لايرتفع بزوج واصابة فكان مؤبدا كتحريم الرضاع ص ﴿ قال مالك واذا فارق الرجل امرأته طلاقا بائنا ليس له عليها فيه رجعة ثم أنكر حملها لاعنها اذا كانت حاملا وكان حملها يشبه أن يكون منه اذا ادعته مالم يأت دون ذلك من الزمان الذى يشك فيه فلا يعرف أنه منه قال فهذا الأمر عندنا والذى سمعت من أهل العلم * وقال مالك اذا قذف الرجل امرأته بعد أن يطلقها ثلاثا وهى حامل يقر بحملها ثم يزعم انه رآها تزنى قبل أن يفارقها جلد الحد ولم يلاعنها فان أنكر حملها بعد أن يطلقها ثلاثا لاعنها قال وهو الذى سمعت ﴾ ش وهذا على ماقال ان المطلق لزوجته طلاقا بائنا لايخلو أن يكون بها حمل ظاهر أو لا يكون بها حمل فان كان بها حمل ظاهر فأنكره فان له أن ينفيه باللعان خلافا لأبى حنيفة لانه لايحتاج أن ينفى عن نفسه نسبا ليس منه كالو لم يطلق ولا يخلو أن يكون نفى الحمل وادّعى رؤية زنا أو لم يدع ذلك فان ادّعى رؤية الزنا لم يخل أن يدعى الاستبراء أو لا يدّعيه فان ادّعى الاستبراء والرؤية ونفى الحمل فالظاهر من المذهب انه يلاعن وان لم يدع استبراء وادّعى رؤية ونفى الحمل ففى الموازية فى الذى يطلق طلاقا بائنا وقال رأيتها تزنى يريد نفى ماتأتى به من حمل فانه لايلاعن ان لم يدع استبراء وان لم يدع رؤية وادّعى استبراء فانه يلاعن وروى أبو الفرج عن مالك انه ان نفى حملها فى العدة لاعن ولم يحد على الطلاق وقد شرط فى موضع آخر ادّعاء الاستبراء (مسئلة) فان لم ينف الحمل وقذفها فى العدة من الطلاق البائن فقد روى أبو الفرج أنه يحد ولا يلاعن ووجه ذلك انه لافائدة فى قذفها لانها أجنبية منه لاينفى حملها فاذا لم ينفه به فلا حاجة به الى هذا القذف فلزمه الحد (مسئلة) وان لم يكن بها حمل وقال فى عدتها من الطلاق البائن رأيتها تزنى فقد قال ابن القاسم ورواه ابن وهب يلاعن وحكاه القاضى أبو محمد خلافا للشافعى فى قوله لايلاعن الا أن تكون حاملا واحتج على ذلك بأنه قذفها بوطء يحتاج الى نفى نسبه عنه لانه ان لم ينفه لحق به كالذى لم يطلق وقال ابن المواز يحد ولا يلاعن وقال المغيرة لايحد ولا يلاعن واختاره سحنون (مسئلة) وهذا اذا ادّعى انه رآها تزنى فى العدة فان قال رأيتها تزنى قبل الطلاق البائن ففى كتاب أبى الفرج يحد الا أن يظهر بها حمل قبل أن يحد فينفيه ويدعى الاستبراء فيلاعن قال ابن المواز أحب الىّ أن ينظر فان تبين أن لاحمل بها حدّ لها وان ظهر بها حمل لاعن لانه ممن لالعان له فى الرؤية ووجه ذلك ان الطلاق ليس فيه اقرار بالسلامة من الزنا غير أن هذا مبنى على ماقاله ابن المواز ان المطلق بائنا لايلاعن الا لنفى الحمل ولا يلاعن للرؤية لانها ليست بزوجة وقد تقدم من قول أصحابنا ابن القاسم وغيره انه يلاعن ولا يحد والخلاف بين أبى الفرج وابن المواز فى تأخر الحد بعد القذف فأبو الفرج يذهب الى أنه لايؤخر لانه من ثبت عليه القذف وادّعى المخرج لايمهل ويعجل الحد وابن المواز يذهب الى تأخير الحد للزنا على الزوج بخلاف الأجنبى لحاجة الزوج الى ذلك دون الأجنبى وبالله التوفيق

(فصل) وقوله وكان حملها يشبه أن يكون منه يريد أن تأتى به لامد الحمل وذلك ان المطلقة لا بدأن

قال مالك واذا فارق الرجل امرأته طلاقا بائنا ليس له عليها فيه رجعة ثم أنكر حملها لاعنها اذا كانت حاملا وكان حملها يشبه أن يكون منه اذا ادعته مالم يأت دون ذلك من الزمان الذى يشك فيه فلا يعرف انه منه قال فهذا الأمر عندنا والذى سمعت من أهل العلم * قال مالك اذا قذف الرجل امرأته بعد أن يطلقها ثلاثا وهى حامل ويقر بحملها ثم يزعم انه رآها تزنى قبل أن يفارقها جلد الحد ولم يلاعنها وان أنكر حملها بعد أن يطلقها ثلاثا لاعنها قال وهذا الذى سمعت

تأتى بالولد قبل أن تحيض أو بعد الحيض فان أتت به قبل الحيض لأكثر أمد الحمل فهو لاحق بالزوج الا أن ينفيه بلعان وأكثر أمد الحمل اختلف فيه قول المالكيين فقال العراقيون منهم أربعة أعوام وبه قال أصبغ والشافعي وقاله ابن القاسم وسحنون وقال ابن وهب وأشهب سبع سنين وقال أبو حنيفة أكثر الحمل سنتان (مسئلة) وان حاضت ثم أتت بولد لمثل هذه المدة فقد قال ابن القاسم يلحق به وان حاضت ثلاث حيض وقد تحيض المرأة على الحمل قال ابن القاسم ولو علم أنها حائض حيضا مستقيما وتيقن ذلك وعرفه النساء لرأيتها زانية ويسقط نسب الولد عن الميت والحى ولكن لا يحاط بمعرفته قال أصبغ ليس هذا بقول ولو عرف ذلك لم يوجب زنى ولا حدا وهو شبهة والولد لاحق الا أن يلاعن المطلق

(فصل) وقوله يشبه أن يكون منه ما ادعته يريد أن ينسب ذلك اليه ويقول انه منه لانها اذا لم تقل انه منه ولم ينسبه اليه لم يحتج هو الى لعان الا لنفى النسب لانها قد صدقته فى القذف

(فصل) وقوله ما لم يأت دون ذلك من الزمان الذى يشك فيه فلا يعرف انه منه يريد والله أعلم انه يأتى من طول الزمان بما يزيد على أكثر أمد الحمل على ما تقدم من الخلاف فى ذلك فشك حينئذ أنه منه شكا يمنع الحاقه به أولى من نفيه عنه وأما فى مدة الحمل فهذا الشك معدوم بل الظاهر منعه لثبوت حق الفراش له ص ﴿قال مالك والعبد بمنزلة الحر فى قذفه ولعانه يجرى مجرى الحر فى ملاعنته غير انه ليس على من قذف مملوكه حد قال مالك والأمة المسلمة والحرة النصرانية واليهودية تلاعن الحر المسلم اذا تزوج احداهن فأصابها وذلك ان الله تعالى يقول فى كتابه والذين يرمون أزواجهم فهن من الأزواج قال وعلى ذلك الأمر عندنا﴾ ش قوله والعبد بمنزلة الحر فى قذفه ولعانه لها حكمه فى ذلك حكم الحر وروى فى العتبية أشهب عن مالك ان لعان العبد كالحر فى الحرة والأمة تشهد أربع مرات وتخمس بالغضب وان أكذب نفسه حد للحرة أربعين ولا يحد للامة

(فصل) وقوله غير انه ليس على من قذف مملوكه حد يريد سواء كان القاذف عبدا أو حرا فهذا اللفظ وان كان بلفظ الاستثناء فمعناه العطف على ما مضى والتفسير له لانه لا يخرج من اللفظ الأول ما لولاه لدخل فيه وانما بين أن حكم العبد حكم الحر فى قذف الأمة (مسئلة) وهذا حكم كل من لا يحد قاذفها من الكتابيات فان الزوج لا يجب عليه الحد بقذفها فان قذفها برؤية كان له أن يمسك عن اللعان فاذا أراد أن يلاعن لئلا يكون مما ادعاه من الوطء ولد يلحق به نسبه أو ليلحق قوله فله ذلك وكذلك ان نفى حملها فانما يلاعن لينفى عن نفسه ذلك الحمل وان لم يلاعن فلا حد عليه فان لاعن لزم الأمة أن تلاعن لتدفع عن نفسها الحد لانه قد حق عليها القذف بلعانه ويجب عليها الحد وأما الكتابية فلا يلزمها ذلك بالتعان الزوج ولها أن تلتعن لتدرأ عن نفسها عار ما قذفت به وتقطع عصمة الزوج عنها قال مطرف عن مالك اذا لاعن الزوج ردت الى أهل دينها ان نكلت عن اللعان فان لم تلتعن فقد روى ابن سحنون عن أبيه هما على الزوجية فان التعنت وقعت الفرقة

(فصل) والأمة المسلمة والحرة واليهودية تلاعن الحر المسلم خص الأمة بالاسلام لانه لا يجوز أن يتزوج المسلم أمة كتابية وأما الحرة الكتابية فيجوز له ذلك ولذلك عدل عن ذكر الأمة الكتابية الى ذكر الحرة فلكل واحدة من هؤلاء أن تلاعن الحر المسلم اذا تزوج احداهن وقوله فأصابها ليست الاصابة شرطا فى صحة اللعان ولا وجوبه وقد قال مالك من تزوج امرأة فلم يبن بها ولم يخل بها حتى أتت بولد فأنكره انه يلاعن اذا قالت انه يغشاها وأمكن ما قالت قال سحنون معناه أن يمكن

* قال مالك والعبد بمنزلة الحر فى قذفه ولعانه يجرى مجرى الحر فى ملاعنته غير أنه ليس على من قذف مملوكه حد * قال مالك والأمة المسلمة والحرة النصرانية واليهودية تلاعن الحر المسلم اذا تزوج احداهن فأصابها وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول فى كتابه والذين يرمون أزواجهم فهن من الازواج قال وعلى هذا الأمر عندنا

اتيانه اليها وأتت به لستة أشهر فأ كثر من يوم عقد النكاح ومن يوم امكانه اتيانها ووجه ذلك ان الفراش قد ثبت له بعقد النكاح فلا ينفى الولد الا باللعان

(فصل) وقوله وذلك ان الله تبارك وتعالى يقول فى كتابه والذين يرمون أزواجهم فهن الأزواج تعلق بالعموم لان الزوجة الأمة أو الكتابية داخلة تحت قوله تعالى يرمون أزواجهم فلما لم يفرق بين الحرة والأمة والمسلمة وغيرها حمل ذلك على كل زوجة الا ما خصه الدليل ولو أن الصغير يقذف زوجته الكبيرة برؤية زنى لم يكن عليه لعان لانه لو قذف أجنبية لم يحد لانها لو أتت بولد لم يلحق به فلا حاجة الى الملاعنة ص ﴿قال مالك والعبد اذا تزوج الحرة المسلمة أو الأمة المسلمة أو الحرة النصرانية أو اليهودية لاعنها﴾ ش قوله ان العبد اذا تزوج الأمة المسلمة أو الحرة النصرانية أو اليهودية لاعنها يريد أن له أن يلاعن فى جميعهن لينفى عن نفسه حملا ظهر بها أو ان قذف برؤية فليدفع عن نفسه النسب الذى تتوقعه مما ادعاه من الرؤية وأما فى الحرة المسلمة فيحتاج الى ذلك أيضا ليدفع عن نفسه الحد الواجب عليه بقذفها ان لم يلاعن وأما فى الأمة أو الكتابية الحرة فلا يلاعن الا لما ذكر من دفع النسب دون دفع الحد لانه لا حد عليه بقذفهن ص ﴿ قال مالك فى الرجل يلاعن امرأته فينزع ويكذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما لم يلتعن فى الخامسة انه اذا نزع قبل أن يلتعن جلد الحد ولم يفرق بينهما ﴾ ش قوله رحمه الله ان لاعن امرأته ثم نزع وأ كذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما لم يلتعن فى الخامسة جلد الحد ولم يفرق بينهما أورد من المسئلة بعضها والمتفق عليه منها وهو انه اذا أ كذب نفسه قبل الخامسة الواقعة منه فانه ما على نكاحهما وان كان هذا عنده حكما كذابه نفسه قبل أن تأتى هى بالخامسة وهذا المشهور من قول مالك وأصحابه وفى العتبية قال سحنون واذا لاعن الزوج من نفى حمل ونكلت هى وأخر رجمها حتى تضع ثم أ كذب الزوج نفسه قبل أن تضع و بعد أن نكلت فان لعانه قاطع لعصمته ولا ميراث بينهما وترجم اذا وضعت وأنكر أبو بكر بن محمد هذه المسئلة وأما من رد الفعل لها فقال بعد يمين أو يمينين يريد من أيمانها وقبل أن تأتى هى بالخامسة فهو على ظاهر المذهب لان مذهب مالك انه اذا أ كذب نفسه قبل تمام لعانها ان الزوجية باقية بينهما وانما تقع الفرقة وتتأبد بتمام لعانها وأما الحد فلا يختلف حكمه متى وقع تكذيبه نفسه وكذلك استحقاق الولد (مسئلة) وأما تكذيبه نفسه فانه على وجهين أحدهما أن يقول انه كاذب فى قذفها على أى وجه وقع والثانى أن يستلحق الولد فهذا يكون قريبا ان كان قذفه بنفى الولد وأما ان كان قذفه ايا ها بادعاء رؤية الزنى ولاعن على ذلك ثم أقر بالولد فقال محمد بن المواز لا يحد وكذلك لو لاعن على الرؤية وانكار الولد جاز وان كان على نفى الولد خاصة فانه يحد و يلحق الولد به وجه من قاله فيمن لاعن على الرؤية ثم أقر بالولد انه ليس فى اقراره بالولد تكذيب لما لاعن عليه ووجه قوله فيمن لاعن على الامرين لا يحد انه اذا أ كذب نفسه فى نفى الولد بقى لعانه محلا للتصديق وهو رؤية الزنا فلا حد عليه حتى يكذب جميع ما لاعن عليه والله أعلم ولو لم يتقدم لعانه فادعى الرؤية ونفى الولد ثم أقر بالولد لحد والله أعلم ص ﴿ قال مالك فى الرجل يطلق امرأته فاذا مضت الثلاثة الاشهر قالت المرأة أنا حامل قال ان أنكر زوجها حملها لاعنها ﴾ ش قوله رحمه الله فيمن طلق امرأته ثم نفى حملها انه يلاعن يريد ان المرأة اذا طلقها الزوج ثم أتت بولد لما يلد له النساء لحق الزوج سواء أتت به فى العدة أو بعدها الا ان ينفيه الزوج فيلاعن

(فصل) وقوله فاذا مضت الثلاثة الأشهر قالت المرأة أنا حامل خص الثلاثة الاشهر بذلك لأنها

* قال مالك والعبد اذا تزوج الحرة المسلمة أو الأمة المسلمة أو الحرة النصرانية أو اليهودية لاعنها * قال مالك فى الرجل يلاعن امرأته فينزع ويكذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما لم يلتعن فى الخامسة انه اذا نزع قبل أن يلتعن جلد الحد ولم يفرق بينهما * قال مالك فى الرجل يطلق امرأته فاذا مضت الثلاثة الاشهر قالت المرأة أنا حامل قال ان انكر زوجها حملها لاعنها

أول المدة التي تحس المرأة فيها بالحمل ولذلك يختص بها حكم العدة دون ما قصر عن ذلك

(فصل) وقوله اذا قالت المرأة اني حامل لاعن ان أنكر الحمل ظاهره يقتضي تعلق هذا الحكم بمجرد قولها دون ظهور الحمل ومعنى ذلك عندي انه ان أنكر حملها حين ادّعت الحمل ثبت له حكم الانكار وكان له ان يلاعن اذا ظهر الحمل واذا ولدت على حسب ما تقدم من الاختلاف في ذلك وان لم ينف الحمل حين ادعائها اياه ثبت له حكم الاقرار به ولم يكن له ان يلاعن بعد ذلك لظهور حمل ولا لولادة ص ﴿ قال مالك في الأمة المملوكة يلاعنها زوجها ثم يشتريها انه لا يطؤها وان ملكها وذلك ان السنة مضت ان المتلاعنين لا يتراجعان أبدا ﴾ ش قوله رحمه الله في الأمة المملوكة يلاعنها زوجها ثم يشتريها أنه لا يطؤها يريد ان كمال اللعان بينهما قد أبد تحريم الوطء وما لا يستباح وطؤه بالزوجية لا يستباح بملك اليمين كذوات المحارم والنكاح أبلغ في اباحة الوطء من ملك اليمين لأن مقصود النكاح الوطء وليس مقصود الملك الوطء ولذلك لا يجوز له أن يتزوج من لا يستبيح وطأها ولا يجوز له أن يبقى على زوجته الملاعنة ويجوز له أن يملك من لا يستبيح وطأها ويجوز له أن يملك التي قد لاعنها فاذا لم يستبح وطء الملاعنة بالنكاح الذي مقصوده الوطء فبان لا يستبيح ذلك بملك اليمين أولى وأحرى (مسئلة) وقوله رحمه الله وذلك ان السنة مضت ان المتلاعنين لا يتناكحان أبدا لعله يريد بالسنة ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للملاعن لا سبيل لك عليها ويحتمل ان يريد ما مضى من العمل في ذلك في زمان النبي صلى الله عليه وسلم الى هلم جرا في كل زمان ومكان ان كل متلاعنين تثبت الفرقة بينهما ولا خلاف في ذلك مع بقاء الزوجة على قذفه وانما الخلاف بعد تكذيبه لنفسه وفي مسئلتنا يحتمل ان يريد مع بقائه على حكم القذف ص ﴿ قال مالك اذا لاعن الرجل امرأته قبل ان يدخل بها فليس لها الا نصف الصداق ﴾ ش قوله رحمه الله ان من لاعن قبل البناء لا يخلو ان يكون لرؤية أو لنفي حمل فان كان لرؤية كان له ان يلاعن وان كان لنفي حمل فان أتت به لأقل من ستة أشهر فلا شئ لها من الصداق ولا يحرم عليه نكاحها بالتلاعن لأنها غير زوجة وان أتت به لستة أشهر لحق الا ان تلاعن وهل يلاعن قبل الولادة اختلف أصحابنا فيه على ما تقدم

(فصل) وان قال الزوج تزوجت منذ خمسة أشهر وقالت هي تزوجت منذ أكثر من ستة أشهر وبها حمل فلا بد من اللعان قاله ابن القاسم وابن وهب ووجه ذلك انه لا يقطع بانه ليس من الزوج فلا ينفيه الا باللعان والله أعلم

(فصل) وقوله ان لها نصف الصداق على ما قال لأن الفرقة وقعت بسبب الزوج على وجه لا يعلم به صدقه كالاعسار بالنفقة وحكي الشيخ أبو القاسم في تفريعه انه لا شئ لها من الصداق ووجه ذلك أنه فسخ قبل البناء (مسئلة) ولا سكنى لها ولا متعة لأن الفرقة وقعت قبل البناء وما تدعيه من الوطء لا يوجب لها تكميل الصداق ولا السكنى مع انكار الزوج كالنصف الثاني من الصداق والله أعلم

﴿ ميراث ولد الملاعنة ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه ان عروة بن الزبير كان يقول في ولد الملاعنة وولد الزنا انه اذا مات ورثت أمه حقها في كتاب الله واخوته لأمه حقوقهم ويرث البقية موالي أمه ان كانت مولاة وان كانت عربية ورثت حقها وورث اخوته لأمه حقوقهم وكان ما بقي للمسلمين * قال مالك وبلغني عن سليمان بن يسار مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا ﴾ ش قوله رحمه الله ان ولد الملاعنة

قال مالك في الامة المملوكة يلاعنها زوجها ثم يشتريها انه لا يطؤها وان ملكها وذلك أن السنة مضت أن المتلاعنين لا يتراجعان أبدا * قال مالك اذا لاعن الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فليس لها الا نصف الصداق

﴿ ميراث ولد الملاعنة ﴾

* حدثني يحيي عن مالك انه بلغه ان عروة بن الزبير كان يقول في ولد الملاعنة وولد الزنا اذا مات ورثت أمه حقها في كتاب الله تعالى واخوته لامه حقوقهم ويرث البقية موالي أمه ان كانت مولاة وان كانت عربية ورثت حقها وورث اخوته لامه حقوقهم وكان ما بقي للمسلمين قال مالك وبلغني عن سليمان بن يسار مثل ذلك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا

وولد الزنا ترث أمه وإخوته لأمه حقوقهم منه وذلك أنه لا يبطل نسبه من جهة أمه لأنه يحتاج في الحاقه بها الى عقد نكاح فلذلك لا ينتفي عنها بلعان ولا اقرار بزنا ولا تحققه وانما ينتفي عن الأب لأنه لا يلحق به الا بعقد نكاح أو ملك يمين فلذلك صح انتفاؤه منه واذا كان أصل التوارث من جهة الأب لبطل كل ميراث بسببه ولما ثبت ميراث الأم مع اللعان والزنا ثبت كل ميراث بسببها

(فصل) وقوله رحمه الله في كتاب الله يقتضي ان عموم آيات التوارث يتناولهم من قوله تعالى فان كان له اخوة فلأمه السدس وقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث

(فصل) وقوله رحمه الله تعالى وورث البقية موالي أمه ان كانت مولاة وان كانت عربية فبيت مال المسلمين يريد انها اذا كانت مولاة وورث بالولاء كل من تلده فموالي أمه موالي كل من تلده واذا لم يكن من جهة الأم من يرث الا الأم والاخوة للأم ولا يحيطون بالميراث فالباقي مورث بالولاء وان كانت عربية فلبيت مال المسلمين لأنه ليس من جهة الأبوة من يستحق ما فضل عن الفروض ولا تورث بالولاء والله أعلم

﴿ طلاق البكر ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن محمد بن اياس بن البكير انه طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتي فذهبت معه أسئل له فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك فقالا لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك قال فانما طلاقي اياها واحدة فقال ابن عباس انك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل ﴾ ش قول أبي هريرة وابن عباس للذي طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول بها لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك تصريح بوقوع الثلاث تطليقات على غير المدخول بها وعلى ذلك الصحابة ومالك وجمهور الفقهاء وقال طاوس وعمرو بن دينار وعطاء هي واحدة سواء وقع ذلك في لفظ واحد أو ألفاظ متتابعة والدليل على ذلك قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وهذا عام في المدخول بها وغيرها ومن جهة المعنى ان كل من صح ايقاعه الطلقة الواحدة عليها صح أن يكمل لها الثلاث كالمدخول بها

(فصل) وقول السائل انما طلاقي اياها واحدة يحتمل أن يريد بذلك انما أوقعها في دفعة واحدة وهو أن يقول لها أنت طالق ثلاثا فيجمع ذلك في لفظ واحد وقال ابراهيم النخعي اذا قال لها أنت طالق ثلاثا لزمته الثلاث واذا قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق لزمته الواحدة دون الثنتين وروى ذلك عن ابن عباس وقال مالك تلزمه الثلاث اذا اتصل كلامه ولم ينفصل لان كل كلام يصح الاستثناء منه فانه يصح العطف عليه كطلاق المدخول بها (مسئلة) فمن طلق ثلاثا قبل البناء ثم تزوجها وهو يرى ذلك حلالا فانه يفرق بينهما ولها المهر كاملا ان كان دخل بها قاله الزهري والشعبي وهو قول مالك وقال النخعي لها مهر ونصف وجه القول الأول ان النكاح الفاسد أضعف من النكاح الصحيح فاذا لم يجب بالمسيس في النكاح الصحيح الا مهر واحد فكذلك في الفاسد ولان الوطء في النكاح الفاسد مستند الى العقد فلم يجب فيه ما لا يجب بالعقد الا أن يريد ابراهيم ان له في العقد الثاني الذي يعقبه الطلاق ونصف الصداق وله في العقد الثاني صداق كامل بما أفرد به الدخول فهو كلام صحيح

﴿ طلاق البكر ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن محمد ابن عبد الرحمن بن ثوبان عن محمد بن اياس بن البكير انه قال طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتي فذهبت معه أسأل له فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك فقالا لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك قال فانما طلاقي اياها واحدة قال ابن عباس انك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل

عياش الانصاري عن عطاء بن يسار أنه قال جاء رجل يسأل عبدالله بن عمرو بن العاصي عن رجل طلق امرأته ثلاثا قبل أن يمسها قال عطاء فقلت انما طلاق البكر واحدة فقال عبدالله بن عمرو بن العاصي انما أنت قاص الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره *وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبدالله ابن الاشج انه أخبره عن معاوية بن أبي عياش الانصاري انه كان جالسا مع عبدالله بن الزبير وعاصم ابن عمر بن الخطاب قال فجاءهما محمد بن اياس ابن البكير فقال ان رجلا من أهل البادية طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها فماذا تريان فقال عبد الله بن الزبير ان هذا الأمر مالنا فيه قول فاذهب الى عبد الله بن عباس وأبي هريرة فاني تركتهما عند عائشة فسلهما ثم ائتنا فاخبرنا فذهب فسألهما فقال ابن عباس لأبي هريرة أفته يا أبا هريرة فقد جاءتك معضلة فقال أبو هريرة الواحدة تبينها والثلاثة تحرمها حتى تنكح زوجا غيره وقال ابن عباس مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا

وهو مقتضى قول مالك والله أعلم ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبدالله بن الاشج عن النعمان بن أبي عياش الأنصاري عن عطاء بن يسار انه قال جاء رجل يسأل عبدالله بن عمرو بن العاصي عن رجل طلق امرأته ثلاثا قبل أن يمسها قال عطاء فقلت انما طلاق البكر واحدة فقال عبدالله بن عمرو بن العاصي انما أنت قاص الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ش قول عطاء للسائل وقد طلق ثلاثا انما طلاق البكر واحدة يحتمل أحد وجهين اما أن يريد به انه لا يجوز أن يطلق الا واحدة أو انه لا يصح أن يلحقها الا طلقة واحدة ولا يحمل على نفي الجواز والاباحة لان ذلك حكم المدخول بها مع ان جواب عبدالله بن عمرو يمنع من ذلك فلم يبق الا أن يريد به أنه لا تلحقها الا طلقة واحدة وان أوقع الزوج عليها أكثر من ذلك وهو المعلوم من قول عطاء وقد تقدم ذكره ولذلك قال له عبدالله بن عمرو انما أنت قاص يعني انك ممن لا يفتي في هذه المسئلة ولا يعرف حكمها وان رتبتك أن تقص على الناس دون أن تفتي ثم أظهر ما عنده من حكم المسئلة مما يخالف قول عطاء فقال له ان الطلقة الواحدة تبينها يريد من الزوج فلا رجعة له عليها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره وهذا يقتضي ان الثلاث تقع عليها ولذلك لا يحل نكاحها الا بعد زوج وان حكم من طلقت ثلاثا عندي غير حكم من طلقت عليه واحدة ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبدالله بن الأشج انه أخبره عن معاوية بن أبي عياش الانصاري انه كان جالسا مع عبدالله بن الزبير وعاصم بن عمرو بن الخطاب قال فجاءهما محمد بن اياس بن البكير فقال ان رجلا من أهل البادية طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها فماذا تريان فقال عبدالله بن الزبير ان هذا الامر مالنا فيه قول فاذهب الى عبدالله بن عباس وأبي هريرة فاني تركتهما عند عائشة فسلهما ثم ائتنا فاخبرنا فذهب فسألهما فقال ابن عباس لأبي هريرة افته يا أباهريرة فقد جاءتك معضلة فقال أبو هريرة الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره وقال ابن عباس مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك الامر عندنا ﴾ ش قول عبدالله بن الزبير ان هذا الامر مالنا فيه قول اقرار منه بالحق وتوقف عن الفتوى فيما لم يظهر له صوابه وان كان من أهل العلم وهذا مما يجب أن يلزمه كل ذي دين أن يقول اذا سئل عما لا يعلم لا أعلم وقد قال ابن عباس اذا أخطأ العالم لا أدري أصيبت مقاتله وأمر السائل أن يسأل ابن عباس وأبا هريرة رجاء أن يكون عندهما أو عند أحدهما حكم هذه المسئلة ثم أمره أن يعود اليه فيخبره بقولهما ليسهل له ذلك طريق النظر في الصواب لان حفظ العالم أقوال العلماء يسهل له طريق النظر ويعينه عليه

(فصل) وقول ابن عباس لابي هريرة افته يا أباهريرة فقد جاءتك معضلة اخبار عن خفاء المسئلة عليه وتعذر الوصول الى وجه الصواب فيها يقال أعضل الامر اذا أعيا وجه تناوله فقدم أباهريرة في الفتوى بعد أن أخبره بتعذر تبينها ومعرفة وجه الصواب رجاء أن يكون عند أبي هريرة في ذلك ما يصير اليه أو ما يستعين به على الوصول الى معرفة حكمها فلما وافق أبو هريرة الصواب فيها وقال الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره قال ابن عباس مثله ليتبين وجه الصواب له وقد روى طاوس وعطاء عن ابن عباس انه كان يقول هي واحدة فلعله كان يقول بذلك حتى سمع من قول أبي هريرة ما تبين له الصواب فيه فرجع الى القول به وقد روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان ان السائل عن المسئلة كان رجلا من مزينة وان ابن عباس قال لأبي هريرة لما أفتى بما تقدم من قوله

زينتها يا أباهريرة أونورتها أوكلمة تشبهها يعني انه أصاب ص ﴿قال مالك والثيب اذا ملكها الزوج ولم يدخل بها أنها تجري مجرى البكر الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ش قوله رحمه الله ان الثيب كالبكر في ذلك واضح لان الحكم لا يتعلق ببكارتها وانما يتعلق بأنها غير مدخول بها فاذا لم يدخل بها زوجها فحكمها في الواحدة حكم البكر والله أعلم

﴿ طلاق المريض ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال وكان أعلمهم بذلك وعن أبي سلمة ابن عبد الرحمن بن عوف ان عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها ﴾ ش قوله ان طلحة بن عبد الله بن عوف كان أعلمهم بذلك يريد انه كان أعلمهم بحكم هذه القضية وماجرى فيها لعبد الرحمن بن عوف من صفة الطلاق ولعثمان بن عفان من الحكم من سائر الرواة لذلك

(فصل) وقوله ان عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض يريد ان طلاقه اياها كان البتة فيحتمل انه كان يرى اباحة ذلك أو يحتمل انه طلقها واحدة في آخر ثلاث تطليقات فكانت تلك الطلقة بتة لانها بها تبين عنه وان عثمان بن عفان رضي الله عنه ورثها منه * وفي ذلك بابان * أحدهما في صفة المرض ومايلحق به من المعاني التي تجري مجراه في بقاء حكم الميراث * والباب الثاني في حكم طلاق المريض

(الباب الأول في صفة المرض الذي به يبقى حكم ميراث المطلقة)

قال مالك في كتاب محمد ان كل مرض يقعد صاحبه عن الدخول والخروج وان كان جذاما أو برصا أوفالجا فانه يحجب فيه عن ماله وان طلق فيه زوجته ورثته وليس للقوة وازيج والرمد كذلك اذا صح البدن وكذلك ما كان من الفالج والبرص والجذام يصح معه بدنه ويتصرف فهو كالصحيح قال محمد ولم يختلف مالك وأصحابه في الزاحف في الصف انه كالمريض في الطلاق وغيره فامامن نالته شدة في البحر فلم يره ابن القاسم كالمريض وأراه رواه عن مالك وقال أشهب هو كالمريض وجه القول ان المخافة من شدة البحر لم تتعين ولا وجد سبب العطب لان العطب انما يكون بانكسار المركب فهو بمنزلة الزاحف في القتال فاما هو والبحر فهو بمنزلة المخافة في موضع مخوف لم يربعد والوقوف في العسكر مع معاينة العدو دون مباشرة حرب ولا بقرب منه ووجه القول الثاني انه في حالة مخافة على نفسه يتكرر منها الهلاك فلم تمنع صحة جسمه من ان يكون حكم المريض في ماله كالزاحف

(الباب الثاني في حكم طلاق المريض)

من طلق امرأته في مرضه ورثته وان مات بعد انقضاء عدتها وبعد ان تزوجت غيره اذا اتصل مرضه الى ان توفي خلافا للشافعي في قوله ان المبتوتة في المرض لا ترث والدليل على مانقوله ان القاضي أبا محمد قال انه اجماع الصحابة ولان ذلك مروي عن عمر بن الخطاب وعثمان وغيرهم ولا مخالف لهم في ذلك الا مايروى عن عبيد الله بن الزبير وسنذكره بعد هذا ان شاء الله ومن جهة المعنى انها فرقة في حال منع تصرفه فيها من غير الثلث فلم يقطع ميراث الزوجة كالموت ولان للتهمة تأثيرا في الميراث بدليل منع القاتل الميراث (مسئلة) فان طلقها بنشوزها أو لعان أو خلع فان حكم الميراث باق

* قال مالك والثيب اذا ملكها الزوج ولم يدخل بها انها تجري مجرى البكر الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره

﴿ طلاق المريض ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن ابن شهاب عن طلحة ابن عبد الله بن عوف قال وكان أعلمهم بذلك وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها

لها خلافا لأبي حنيفة لان عثمان ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف وقد سألته الطلاق ومن جهة المعنى ان الاذن لا يسقط في ميراث الوارث كما لو أذن الابن لأبيه في اخراجه من الميراث فان ارتد في مرضه ثم راجع الاسلام فمات من مرضه ذلك لم ترثه لان بارتداده انفسخ النكاح بينهما ورجوعه الى الاسلام ليس برجعة (مسئلة) ولو أقر في مرضه انه طلق البتة في صحته لم يصدق وورثته امرأته اذا أنكرت ذلك ووجه ذلك عندي انه يدعي ما يسقط ميراثها ولا يقبل ذلك منه في حالة ليس له اخراجها من جملة الورثة (مسئلة) ولو مات فشهد الشهود ان الزوج كان طلقها البتة في صحته فقد جعله ابن القاسم كالمطلق في المرض لان الطلاق انما يقع يوم الحكم ولو وقع يوم القول لكان فيه هذا الحد اذا أنكر الطلاق وأقر بالوطء (مسئلة) ومن طلق في صحته طلقة ثم مرض فاردفها في صحته ثانية ثم مات فلها الميراث في العدة لانها تبني على عدتها من الطلاق الاول ولو ارتجع من الأول انقضت العدة ثم ان طلقها بعد ذلك في المرض كان لهذا الطلاق حكمه فورثته وان مات بعد انقضاء العدة قال معناه ابن المواز (مسئلة) ولو طلق زوجته نصرانية أو أمة في مرضه ثم أسلمت النصرانية وأعتقت الأمة بعد العدة ومات بعد ذلك من مرضه ذلك ورثتاه رواه أصبغ عن ابن القاسم في العتبية وقال سحنون لا ترثانه ولا يتهم في ذلك وكذلك لو طلقها البتة الآن يطلق واحدة وتموت في العدة بعد ان أسلمت هذه وعتقت هذه فترثانه ووجه قول ابن القاسم انه مات وحرمتهما واحدة بعد ان طلق في المرض فثبت الميراث للمرأة كما لو كانت مسلمة حين الطلاق ووجه قول ابن القاسم ما احتج به لانها لم تكن وارثة حين طلقها فلم يقتض بطلاقه اياها اخراجها من الميراث (مسئلة) من حلف ليقضين فلانا حقه فرض الحالف ثم حنث في مرضه ومات منه قال أبو حنيفة والشافعي لا ترثه وقال المغيرة ان كان بين المالك فلم يقضه فامرأته ترثه كالمطلق في المرض وان كان عديما فطرأ له مال لم يعلم به حتى مات فقد حنث ولا ترثه وقال سحنون عن أبيه لا أعرف هذا ولا أراه وقال أصحابنا انها ترثه بكل حال لانه طلاق وقع في المرض ووجه قول المغيرة انه لم يكن له مال علم به فلم يقصد طلاقها ولا اخراجها من الميراث فلذلك لم ترثه ووجه ما قال سحنون ما احتج به من مراعاة وقت الطلاق لا وقت ايقاعه والله أعلم (مسئلة) ولو كان الحنث من سببها مثل أن يحلف وهو صحيح بطلاقها ان دخلت الدار فدخلتها وهو مريض قاصدة الى طلاقه فهي طالق ولا ميراث لها رواه زياد بن جعفر عن مالك والمشهور من مذهب أصحابنا انها ترثه ووجه القولين ما تقدم ذكره ص ﴿ مالك عن عبد الله بن الفضل عن الأعرج ان عثمان بن عفان ورث نساء ابن مكمل منه وكان طلقهن وهو مريض ﴾ ش قوله ورث نساء ابن مكمل منه يريد والله أعلم عبد الرحمن بن عبد الرحمن بن مكمل المدني الأعشى وكان طلقهن وهو مريض يريد المرض الذي توفي فيه ولا يعلم من هذا الحديث هل توفي بعد انقضاء عدتها أو قبل ذلك وان كان قد روى عبد الرحمن بن هرمز ان نساءه كن ثلاثا احداهن جويرية بنت فارط وانه طلق اثنتين منهن في فالج أصابه ثم مكث بعد طلاقه اياهما سنين وانهما ورثتاه وان كان منهن من لم يدخل بها فطلقها وهو مريض أو من انقضت عدتها وتزوجت بعد انقضاء عدتها وذلك كله سواء عند مالك ترثه على كل حال خلافا لأبي حنيفة في قوله لا ترث المطلقة قبل الدخول ولا بعد العدة ودليلنا على ذلك أنها مطلقة في المرض فورثته مع سلامة الحال كما لو مات في العدة ص ﴿ مالك انه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول بلغني ان امرأة عبد الرحمن بن عوف سألته أن يطلقها فقال اذا حضت ثم طهرت فآذنيني فلم تحض حتى مرض عبد الرحمن بن عوف فلما طهرت آذنته

* وحدثني عن مالك عن عبد الله بن الفضل عن الأعرج أن عثمان بن عفان ورث نساء ابن مكمل منه وكان طلقهن وهو مريض
* وحدثني عن مالك انه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول بلغني أن امرأة عبد الرحمن بن عوف سألته أن يطلقها فقال اذا حضت ثم طهرت فآذنيني فلم تحض حتى مرض عبد الرحمن بن عوف فلما طهرت آذنته

فطلقها البتة أو تطليقة لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها وعبد الرحمن بن عوف يومئذ مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها * ش قول عبد الرحمن بن عوف لما سألته امرأته الطلاق اذا حضت ثم طهرت فآذنيني مراعاة لسنة الطلاق لانه قد كان أصابها في ذلك الطهر وسنة الطلاق أن يطلق في طهر لم يمس فيه ولا يعقب حيضا طلق فيه ويقال ان هذه المرأة هي تماضر بنت الأصبغ أم سلمة بن عبد الرحمن بن عوف فلم تبلغ الوقت الذي رسمه لها حتى مرض عبد الرحمن بن عوف مرضه الذي توفي فيه فلما آذنته بذلك طلقها طلاقا بائنا اما انه جمع الثلاث ان كان يرى اباحة ذلك أو طلق آخر طلقة بقيت له فيها وقد فسر ذلك الراوي

(فصل) وقوله فورثها عثمان بن عفان منه يقتضي ان عثمان رضي الله عنه ورث نساء المطلق في المرض وان كان سبب الطلاق من فعلهن لان هذه الزوجة هي سألت عبد الرحمن بن عوف الطلاق ورغبته وقد ورثها عثمان مع ذلك وقد جعل أهل العلم فعل عثمان في ذلك أصلا لانه امام حكم في قضية رجل مشهور أحد العشرة ومثل هذا ينتشر قضاؤه به في الأمصار وينقل الى الآفاق فلم يتحصل عن أحد من الصحابة ولا غيرهم في ذلك خلاف فثبت انه اجماع منهم على تصويبه

(فصل) وقوله فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها يريد والله أعلم وقد مات بعد انقضاء عدتها لان وقت الحكم لها بالميراث لا تعتبر فيه العدة وانما تعتبر في الوفاة التي استحق بها الميراث واذا كانت بائنا منه ورثها مع ذلك فلا فرق بين أن يتوفى في العدة أو غيرها الا انها ليست ترث مطلقة بائنا متوفى في عدة فحكمها وحكم التي قد انقضت عدتها في ذلك سواء ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد ابن يحيى بن حبان قال كانت عند جدي حبان امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الأنصارية وهي ترضع فمرت بها سنة ثم هلك ولم تحض فقالت أنا أرثه لم أحض فاختصمتا الى عثمان بن عفان فقضى لها بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا يعني علي بن أبي طالب رضي الله عنه * مالك انه سمع ابن شهاب يقول اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا وهو مريض فانها ترثه * ش قوله فطلق الأنصارية وهي ترضع فتوفي فانقضت سنة ولم تحض يريد والله أعلم ان الأنصارية لم تحض لاجل الرضاع حتى توفي زوجها وذلك ان ارتفاع حيض المطلقة يكون لسبب معروف ولغير سبب معروف فأما ما كان لسبب معروف فكالرضاع والمرض فان تأخر للرضاع فانها لا تعتد الا بالاقراء طال الوقت أو قصر وقد احتج القاضي أبو محمد في ذلك بالاجماع قال فان حبان ابن منقذ طلق امرأته وهي ترضع فمكثت نحو سنة لا تحيض لاجل الرضاع ثم مرض فخاف أن ترثه ان مات فخاصمها الى عثمان وعنده علي وزيد بن ثابت فقال لهما ما تريان فقالا نرى انها ترثه لانها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض ولا من اللائي لم يحضن فهي عنده على حيضها ما كان لم يمنعها الا الرضاع فانتزع حبان ابنه فلما حاضت حيضتين مات حبان فورثت منه واعتدت عدة الوفاة قال القاضي أبو محمد فاجمعوا ان التأخير بالرضاع لا يسوغ الاعتداد بغير الحيض وعللوا ذلك بأنها ليست ممن لم يحض ولا ممن يئس من المحيض ومن جهة المعنى أن العادة المستقرة بأن الرضاع يؤثر في تأخير الحيض فلا يكون ذلك ريبة واذا لم يكن ريبة وجب انتظار زواله والاعتبار بالحيض اذ هي ممن تحيض

(فصل) وقوله هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا أراد تطييب نفسها بان ما حكم به ولامت عليه لم يحكم به الا بعد مشاورة العلماء وان ابن عمها علي بن أبي طالب الذي لا تشك هي في اشفاقه عليها

فطلقها البتة أو تطليقة لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها وعبد الرحمن ابن عوف يومئذ مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان قال كانت عند جدي حبان امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الانصارية وهي ترضع فمرت بها سنة ثم هلك عنها ولم تحض فقالت أنا أرثه لم أحض فاختصمتا الى عثمان بن عفان فقضى لها بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا يعني علي بن أبي طالب * وحدثني عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا وهو مريض فانها ترثه

وارادته الخير لها هو ممن أفتى بذلك والله أعلم ص ﴿ قال مالك وان طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها وان دخل بها ثم طلقها فلها المهر كله والميراث * قال مالك البكر والثيب في هذا عندنا سواء ﴾ ش قوله في غير المدخول بها يطلقها زوجها وهو مريض ان لها نصف الصداق و به قال مالك وعليه جماعة الفقهاء ابن شهاب وعمر بن عبد العزيز والنخعي وغيرهم وقال الحسن البصري لها الصداق كاملا والدليل على مانقوله ان هذه مطلقة قبل البناء بها فلم يكن لها الصداق كاملا كالو طلق في الصحة

(فصل) وقوله ولها الميراث روى نحو ذلك عن عطاء لها نصف الصداق والميراث خلافا للزهري وعمر ابن عبد العزيز ووجه ذلك انه مطلق في المرض لو لم يطلق فيه لكان لها الميراث فلم يكن له اسقاط ميراثها بالطلاق كالذي دخل بها (فرق) والفرق بين تكميل الصداق والميراث ان الصداق عوض في معاوضته ونصفه يجب بالعقد فليس له اسقاطه ونصفه يجب بالدخول أو بالموت على حكم الزوجية وله ابطال ذلك بالطلاق وأما الميراث فهو وقد تعين لها بعوضه تستحق استيفاءه بعد موته فلم يكن لها اسقاطه

(فصل) وقوله ولا عدة عليها خلافا للحسن في قوله لها الصداق والميراث وعليها العدة ووجه قول مالك انها مطلقة لم يبن بها فلم تكن عليها عدة كالو طلقها في الصحة لان الطلاق في المرض انما يؤثر في الميراث دون العدة ولذلك لو طلقها حال المرض فتوفي بعد انقضاء عدتها أو كان طلاقه بائنا لم تنتقل الى عدة الوفاة وكان لها الميراث

﴿ ماجاء في متعة الطلاق ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأة له فمتع بوليدة ﴾ ش قوله طلق امرأة له فمتع بوليدة يريد أعطاها اياها اثر طلاقه اياها قال الله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف واختلف العلماء في المتعة فذهب مالك الى أنها ليست مما يجبر عليها المطلق ولا يحكم بها عليه قال مالك انها حق على الزوج ولا يقضى بها عليه وليعرضه السلطان عليها ولا تحاص الغرماء بها وهي لكل مطلقة لا ترد شيأ مما أخذت وهي على المولى اذا طلق عليه قاله ابن المواز لانه طلاق سلم من نهاية المقابحة وارتجاع شيء من الزوجة فأما من ترد شيأ مما أخذت فكيف يزاد عليه وكذلك المفارقة عن مقابحة كالملاعنة فلا متعة لها قال الشيخ أبو اسحق لان المتعة تسلية عن الفراق والملاعن لا يريد تسلية من لاعن من الزوجات (مسئلة) والتي لم يسم لها الصداق اذا دخل بها لها المتعة كالتي سمى لها ودخل بها والصداق لانه لا ينتزع منها شيء ولا فارقت عن نهاية مقابحة فكان لها المتعة كالتي سمى لها ودخل بها (مسئلة) فان طلقها بعد البناء بها ثم راجعها قبل أن يمتعها فلا متعة لها قاله ابن وهب وأشهب لان المتعة تسلية عن الفراق والتسلية بالارتجاع أعظم والله أعلم وقد قال ربيعة انما المتعة لمن لا رد له عليها يريد لمن لا رجعة له عليها والتي له عليها رجعة فلم ترتجع حتى انقضت العدة فقد صارت في حكم من لا رجعة له عليها وذكر فضل بن مسلمة نحو هذا وهذا يقتضي ان وقت المتعة من الطلاق الرجعي اذا انقضت وقت الرجعة وسبب البينونة (مسئلة) وكل فرقة من قبل المرأة قبل البناء أو بعده فلا متعة فيها ووجه ذلك انها التي اختارت الفراق فلا تسلى عن المشقة التي تلحق بها ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول لكل مطلقة متعة الا التي تطلق وقد فرض لها صداق ولم

* قال مالك وان طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها وان دخل بها ثم طلقها فلها المهر كله والميراث البكر والثيب في هذا عندنا سواء

﴿ماجاء في متعة الطلاق﴾

* حدثني يحيى عن مالك انه بلغه ان عبد الرحمن بن عوف طلق امرأة له فمتع بوليدة * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لكل مطلقة متعة الا التي تطلق وقد فرض لها صداق ولم

تمسس فحسبها نصف مافرض لها * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب انه قال لكل مطلقة متعة * قال مالك وبلغني عن
القاسم بن محمد مثل ذلك قال مالك ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا كثيرها

تمسس فحسبها نصف مافرض لها * مالك عن ابن شهاب انه قال لكل مطلقة متعة قال مالك وبلغني عن القاسم بن محمد مثل ذلك ﴾ ش قد تقدم ذكرنا من يؤمر بالمتعة وقد قال القاسم بن محمد لا متعة في نكاح مفسوخ ولا فيما يدخله الفسخ بعد صحة العقد مثل ملك أحد الزوجين صاحبه وأصل ذلك قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف فكان هذا الحكم مختصا بالطلاق دون الفسخ ومن جهة المعنى انه أمر غلبا عليه وليس من قبل الزوج فيسليها بالمتعة (مسئلة) وان جهل المتعة حتى مضت أعوام فليرجع ذلك اليها ان تزوجت أو الى ورثتها ان ماتت رواه ابن المواز عن ابن القاسم قال أصبغ لا شئ عليه ان ماتت وجه قول ابن القاسم أنه حق ثبت لها فينتقل عنها الى ورثتها كسائر الحقوق ووجه قول أصبغ ما احتج به من أنه لا عوض له وانما هو تسلية من الطلاق وقد فات ذلك ص ﴿ قال مالك ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا كثيرها ﴾ ش وهذا على ماقال مالك رحمه الله انه لا حد في جنسها ولا قدرها قال مالك وهي على قدر الرجل والمرأة لقول الله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وروى ابن وهب عن ابن عباس انه قال أعلاها الخادم ودون ذلك الورق ودون ذلك الكسوة

﴿ ماجاء في طلاق العبد ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي الزناد عن سليمان بن يسار ان نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أو عبدا لها كانت تحته امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يأتي عثمان بن عفان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب ان نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم طلق امرأة حرة تطليقتين فاستفتى عثمان ابن عفان فقال حرمت عليك * مالك عن عبد ربه بن سعيد عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمي ان نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم استفتى زيد بن ثابت فقال اني طلقت امرأة حرة تطليقتين فقال زيد بن ثابت حرمت عليك ﴾ ش قول عثمان بن عفان وزيد بن ثابت لنفيع وقد طلق زوجته تطليقتين حرمت عليك يقتضي ان معنى التحريم استيفاء عدد الطلاق والمنع من الارتجاع الى الزوجية وهذا يقتضي ان قول القائل لزوجته أنت علي حرام يقتضي ايقاع الثلاث ونص من الحديث ان العبد لا يملك الا تطليقتين وان كانت حرة ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول اذا طلق العبد امرأته تطليقتين فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره حرة كانت أو أمة وعدة الحرة ثلاث حيض وعدة الأمة حيضتان ﴾ ش قول عبد الله بن عمر هذا يقتضي ماقدمناه من أن معنى التحريم استيفاء الطلاق والمنع من استئناف زوجية الا بعد زوج وهؤلاء أهل اللغة العربية الذين نزل القرآن بلسانهم وطريق هذا اللغة فيجب أن يرجع الى ماقاله من ذلك وأن يحمل قول الرجل لزوجته أنت علي حرام على هذا ومذهب عبد الله بن عمر في أن الاعتبار في الطلاق بحال الزوج في الحرية والرق وفي الاعتبار في العدة بحال الزوجة وهو مذهب مالك رحمه

﴿ ماجاء في طلاق العبد ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي الزناد عن سليمان ابن يسار أن نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أو عبدا لها كانت تحته امرأة حرة فطلقها ثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يأتي عثمان بن عفان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا بيد زيد ابن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم طلق امرأة حرة تطليقتين فاستفتى عثمان بن عفان فقال حرمت عليك * وحدثني عن مالك عن عبد ربه بن سعيد عن محمد بن ابراهيم ابن الحارث التيمي أن نفيعا مكاتبا كان لأم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم استفتى زيد بن ثابت فقال اني طلقت امرأة حرة تطليقتين فقال زيد ابن ثابت حرمت عليك * وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول اذا طلق العبد امرأته تطليقتين فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره حرة كانت أو أمة وعدة الحرة ثلاث حيض وعدة الأمة حيضتان

الله وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولابن عمر في ذلك قول آخر وهو ان المراعى في الطلاق رق أحد الزوجين وبه أخذ أبو ثور والله أعلم ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول من أذن لعبده أن ينكح فالطلاق بيد العبد ليس بيد غيره من طلاقه شئ فاما أن يأخذ الرجل أمة غلامه أو أمة وليدته فلا جناح عليه ﴾ ش قوله رضي الله عنه ان من أذن لعبده في النكاح فالطلاق بيد العبد يريد ان السيد لا يملك أن يفرق بينه وبين زوجته ولا يوقع عليها طلاقا ولا يمنع العبد من ايقاع ذلك وان كان له منعه من النكاح وبهذا قال جمهور الصحابة عمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف وبه أخذ مالك وأبو حنيفة والشافعي وسائر فقهاء الحجاز والعراق وروى عن جابر بن عبد الله وعبد الله بن عباس ان الطلاق بيد السيد وقال غيرهما ان كان السيد زوجه فالطلاق بيد العبد وان كان اشتراه مزوجا فله أن يفرق بينهما والدليل على ما نقوله ان السيد لما أذن له في النكاح فقد أذن له في أن يملك سائر أحكامه كما ملكه الاستمتاع

(فصل) وقوله وله أن ينتزع أمة عند عبده قد استمتع بها كما له أن ينتزع أمة وليدته لان للسيد أن ينتزع مال عبيده وامائه

﴿ نفقة الأمة اذا طلقت وهي حامل ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك ليس على حر ولا على عبد طلقا مملوكة ولا على عبد طلق حرة طلاقا بائنا نفقة وان كانت حاملا اذا لم يكن له عليها رجعة * قال مالك وليس على حر أن يسترضع ابنه وهو عند قوم آخرين ولا على عبد أن ينفق من ماله على ما يملك سيده الا باذن سيده ﴾ ش قوله رحمه الله لا تجب النفقة على عبد ولا على حر طلقا مملوكة يريد والله أعلم الطلاق البائن فلا نفقة لها وان كانت حاملا لان ابنها رقيق لسيدها فالنفقة تلزمه دون الزوج المطلق وبهذا قال الشافعي وجمهور الفقهاء وروى عن الحسن والحكم أن النفقة على الزوج الحر يطلق الأمة وهي حامل ووجه القول الأول ان هذه نفقة تجب بسبب الولد وهو عبد فلم يلزمه اياه أصل ذلك نفقته بعد الانفصال من الرضاع وغيره وأما ان كان الطلاق رجعيا فحكمها حكم الزوجة في النفقة بعد ان شاء الله تعالى

(فصل) وأما العبد يطلق الحرة حاملا فلا نفقة عليه لان نفقة الزوجية قد بطلت بالطلاق البائن وليس للعبد أن ينفق مالا لسيده فيه حق الانتزاع والمنع من التصرف على ابنه وهو حر كما ليس له ذلك بعد الولادة

(فصل) وقوله وليس على حر أن يسترضع ابنه وهو عند قوم آخرين يريد ليس عليه رضاع ابنه وكذلك ليس عليه نفقته وأجمع العلماء على هذا ممن يقول بالنفقة على الحامل ومن لا يقول بذلك ووجهه ان العبد نفقته على سيده دون ابنه وغيره وهذا عند مولى الأم فكانت نفقته ومؤنته عليه

﴿ عدة التي تفقد زوجها ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فانها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل ﴾ ش قوله رضي الله عنه أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فانها تنتظر أربع سنين لم يعتبر بما أقامت قبل أن ترفع اليه ولو أقامت عشرين سنة والمفقود الذي ذهبت فيه الى عمر بن الخطاب هو الذي يغيب عن

* وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول من أذن لعبده أن ينكح فالطلاق بيد العبد ليس بيد غيره من طلاقه شئ فاما أن يأخذ الرجل أمة غلامه أو أمة وليدته فلا جناح عليه

﴿ نفقة الامة اذا طلقت وهي حامل ﴾

* قال مالك ليس على حر ولا على عبد طلقا مملوكة ولا على عبد طلق حرة طلاقا بائنا نفقة وان كانت حاملا اذا لم يكن له عليها رجعة * قال مالك وليس على حر أن يسترضع ابنه وهو عند قوم آخرين ولا على عبد أن ينفق من ماله على ما يملك سيده الا باذن سيده

﴿ عدة التي تفقد زوجها ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر ابن الخطاب قال أيما امرأة فقدت زوجها لم تدر أين هو فانها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل

امرأته بحيث لا يعلم من بلاد المسلمين ولم يفقد في معركة فيغلب على الظن هلاكه فيها فهذا اذا رفعت امرأته أمرها الى السلطان قال عيسى عن ابن القاسم المفقود على ثلاثة أوجه مفقود لا يدرى موضعه فهذا يكشف الامام عن أمره ثم يضرب له الأجل أربع سنين ومفقود في صف المسلمين في قتال العدو فهذا لا تنكح زوجته أبدا وتوقف هي وماله حتى ينقضي تعميره ومفقود في قتال المسلمين بينهم لا يضرب له أجل وتتلوم زوجته بقدر اجتهاده فالمفقود الذي ذكره ابن القاسم أولا هو الذي يسأل أهله عن وجه مغيبه وجهة سفره وعن وقت انقطاع خبره ثم يسأل ويبحث عن خبره وروى ابن القاسم عن مالك ويكتب الى ذلك الموضع في الكشف عن أمره فان لم يوقف له على خبر استأنف لها ضرب أجل أربع سنين فان جاء في المدة أو جاء خبر حياته فهي على الزوجية وان لم يأت ولم يسمع له خبر حتى انقضت المدة اعتدت عدة الوفاة فان جاء في العدة فهي على الزوجية وان انقطع وانقضت العدة قبل مجيئه أو مجيء علم بحياته فقد حلت للازواج وانما قلنا ان الامام يضرب لها أجلا بعد البحث عن أمر الذي به يعلم انقطاع خبره لما ذكره القاضي أبو محمد ان ذلك اجماع الصحابة لانه مروى عن عمر وعثمان قال وروى مثله عن علي وجماعة من التابعين ولم يعلم لهم في عصر الصحابة مخالف فثبت أنه اجماع ومن جهة المعنى أن المرأة لها حق في الزوج ولو كان حاضرا الفرق بينهما بالعنة ومغيب عينه أشد من العنة فأن تثبت لها الفرقة به أولى وهذا الذي ذكره أبو محمد في المسئلة والذي روى عن علي ذلك رواه عنه خلاس وفي روايته عنه ضعف وروى عنه انه قال هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو فراق وهي أسانيد غير متصلة وما اتصل منها فليس بقوي وهي مع ذلك تحتمل التأويل وروى مثل قول عمر وعثمان عن ابن عمر وابن عباس واتفق عليه أهل المدينة وبه قال مالك وأحمد بن حنبل وابن راهويه وقال أبو حنيفة والشافعي هي زوجة الأول والله أعلم (مسئلة) وانما يقدر الأجل بأربعة أعوام لان الناس بين قائلين قائل يقول لا يضرب لها أجل وقائل يقول يضرب لها أجل غير أربعة أعوام فمن قال انه يضرب لها أجل غير أربعة أعوام فقد خالف الاجماع ومن جهة المعنى ان الأغلب من حال هذه المدة انه يسمع فيها خبر من كان حيا في بلاد المسلمين مع البحث والسؤال عنه ومكاتبة الجهة التي غاب اليها بأمره وقد قال ابن الماجشون لا يضرب له الأجل الا الامام الأعظم فان ضرب الأجل من يوم رفعت الأمر اليه وجهل ذلك لم يأتنف ضرب الأجل ولكنه يحسبه من يوم ثبت عنده بعد الفحص عنه (مسئلة) وحكم الامام بأربع سنين حكم للزوجة عليه بذلك فاذا انقضت الأربع سنين كان لها أن تعتد دون اذن الامام قاله ابن القاسم في المدونة وعدتها لانه انما يحكم بموته في حقها فاذا انقضت عدتها حلت للازواج قال القاضي أبو محمد ولا يحتاج بعد انقضاء عدتها الى اذن الامام في تزويجها قال لان اذنه قد حصل بضرب الأجل (مسئلة) وان كان له نساء فرفعت احداهن أمره الى الامام وأبى سائرهن فضرب للقائمة الأجل بعد البحث قال يحيى بن عمر بلغني أن ابن القاسم سئل عنها فتفكر ثم قال أرى ضرب الأجل للمرأة الواحدة ضربا لجميعهن فاذا انقضى الأجل تزوجن ان أحببن (مسئلة) وهل على امرأة المفقود احداد في العدة قال مالك وابن نافع عليها الاحداد وقال ابن الماجشون لا احداد عليها وجه قول مالك انها عدة من وفاة أنه انما يحكم بكونه ميتا لأن الظاهر انه لو كان حيا لسمع خبره ووجه قول عبد الملك انها فرقة يحتسب بها طلقة فلم يجب في العدة احداد كطلاق الحاضر (مسئلة) وحكم الزوجة التي لم يدخل بها زوجها اذا فقد حكم المدخول بها في الأجل والعدة وتختلف في صداقها

فقال مالك لها جميعه وقال ابن دينار لها نصفه قال القاضي أبو محمد وجه قولنا لها جميع الصداق أن أمره ينزل على الوفاة وذلك يوجب لها جميع الصداق وقولنا لها نصف الصداق وانها فرقة تحسب طلقة كالطلاق وقد قال غيرهما من أصحابنا ان كان دفعه اليها لم ينزع منها وان لم تكن قبضته لم تعط الا نصفه (فرع) فاذا قلنا لها جميع الصداق فقد قال مالك ما كان منه معجلا عجل وما كان مؤجلا بقي الى أجله وقال عبد الملك يعجل لها نصفه ويؤخر لها نصفه حتى يموت بالتعمير فتأخذه وروى ابن سحنون عن أبيه يعجل لها جميع الصداق ووجه تأجيل البعض أن الفرقة مراعاة لايدرى أوفاة هي أم طلاق فيوقف لها نصف الصداق حتى يثبت حكم الطلقة بدخول الزوج الثانى أو بعقده على اختلاف أصحابنا فى ذلك فسقط نصف الصداق فى ذلك لأنها طلقة إلا أن يأتى الخبر انه توفى قبل ذلك فيكون لها ذلك النصف وهو الذى ذهب اليه سحنون وأما من يقول انه يبقى الى أجله فلأن حكمه باق فى ماله على ما كان عليه من الحياة فلا تحل ديونه وقد روى عن أصبغ انه يقضى دينه من ماله حل دينه أو لم يحل ويوقف ميراثه الى أقصى عمره ووجه قول عبد الملك انه لما قضى بتمويته فى حقها كان أقل ما يجب لها نصف الصداق ان كان طلاقا فعجل ذلك وانما تستحق الباقى بوفاته فتبقى حتى يحكم بها وأراه يريد ما لم تتزوج فيحكم بالطلاق على ما ذكره سحنون والله أعلم (فرع) فاذا قضى لزوجته بجميع الصداق ثم قدم قال الشيخ أبو محمد يريد وقد تزوجت فقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ترد نصفه ثم رجع فقال لا ترد شيأ كالميت والمعترض بعد التلوم عليه (مسئلة) وينفق على امرأة المفقود وعلى أولاده الصغار الذين لا مال لهم من ماله فى مدة الأربع سنين وينفق فى مدة العدة من ماله على ولده الصغار دون الزوجة المعتدة قاله ابن القاسم ووجه ذلك ان التزامها حكم العدة رضا بالفرقة على وجه التمويت له والمتوفى زوجها نفقة العدة (فرع) فان أنفق عليها فى أربع سنين ثم جاء الخبر انه قد كان مات قبل ذلك ردت ما أخذت من النفقة من يوم توفى الزوج وكذلك ولده فيما أنفق عليهم

(فصل) وأما الضرب الثانى من المفقودين وهم من فقد فى قتال المشركين فقد روى عيسى عن ابن القاسم ان زوجته لا تتزوج أبدا توقف هى وماله حتى يأتى عليه من العمر ما لا يحيا الى مثله وقال مالك انما يضرب الأجل للمفقود فى أرض الاسلام لا ببلد الكفر ولو علم بموضع الاسير ببلد الكفر ثم انقطع خبره لم يقض فيه بفراق ولا أجل وروى أشهب عن مالك فى العتبية فيمن فقد بين الصفين فى أرض العدو وأرض الاسلام فلتتربص امرأته سنة من يوم ينظر فى أمره السلطان ويضرب له الأجل ثم تعتد وقال أصبغ فى كتاب ابن المواز فى فقيد المعترك اذا كان ببلد بعيد كافريقية أو بلد العدو فهو كالمفقود (فرع) فاذا قلنا يعمر فقد روى عن مالك أشهب يعمر سبعين سنة وروى ابن كنانة فى المجموعة ان مالكا قال فى ان مات الاولاد وأوصى ان ينفق عليهن حياتهن بتعمير بمائتى سنة وقال ابن المواز التعمير فى المفقود وغيره من السبعين الى المائة قال عبد الله بن عبد الحكم والمائة كثير وتوجيه ذلك كله يأتى فى الوصايا ان شاء الله تعالى (فرع) فاذا قلنا بتعمير السبعين فان ذلك لمن فارق قبل السبعين فان غاب ابن سبعين فقد روى أشهب عن مالك يعمر ثمانين فان غاب ابن ثمانين عمر تسعين فان غاب ابن تسعين عمر مائة ويعمل فى كل سن بقدر ما يرى بالاجتهاد

(فصل) وأما الضرب الثالث من المفقودين فى فتن المسلمين فقد روى عيسى عن ابن القاسم

لايضرب له أجل ويتلوم الامام لزوجته بقدر انصراف من انصرف وانهزم ثم تعتد زوجته وتتزوج الأأن يكون قطرابعيداعن بلده كافريقية أونحوهافانها تنتظر سنة ونحوها قال فى كتاب محمد تعتد وقال فى العتبية ويقسم ماله قال سحنون ان ثبت حضوره فى المعترك بالعدول وان لم يشهد بموته وتعتد زوجته من يوم المعترك فان كان انمارأوه خارجامن العسكر ليس فى المعترك فهو كالمفقود يضرب له أجل المفقود وقال ابن حبيب ان فقد فى معترك المسلمين فى بعد فلتتربص امرأته سنة ثم تعتد ويؤخر ميراثه الى التعمير قال أصبغ الاأن تكون المعركة فى موضعه فلاتتربص أكثر من العدة ويقسم ميراثه وقد قال أشهب عن مالك فيمن فقد بين الصفين تربص امرأته سنة ثم تعتد وقال ابن القاسم العدة داخلة فى السنة ثم رجع فقال هى بعد السنة عدة الوفاة ووجه ذلك الحكم بالظاهر انه اذا كان فى موضعه فالظاهر انه اذا فقد فى المعترك انه مقتول لأنه لوسلم لعاد الى موضعه وان كان بموضع بعيد ضرب له أجل سنة لأن الظاهر انه لوسلم لسمع خبره فى السنة وفرق بين حرب المسلمين وحرب العدو على رواية عيسى ان العدو ذو أسر فينقطع خبره مع حياته ولذلك من فقد فى بلاد الحرب لم يضرب له أجل المفقود ومن فقد فى بلاد المسلمين ضرب له أجل المفقود لأن الظاهر ان كل من كان فى بلاد المسلمين مطلق الدواعى متمكن من المكاتبة والمراسلة وتتصل أخباره من بلد مقامه الى بلد أهله بخلاف من كان فى بلاد الحرب والله أعلم ص ﴿ قال مالك وان تزوجت بعد انقضاء عدتها فدخل بها زوجها أولم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الاول اليها قال مالك وذلك الامر عندنا ﴾ ش اختلف قول مالك فى زوجة المفقود تعتد ثم تتزوج فيقدم المفقود قبل أن يبنى بها الثانى فقال فى الموطأ لاسبيل للاول اليها واختاره المغيرة وروى عنه انه قال الأول أحق بها مالم يدخل الثانى رواه ابن القاسم عنه واختاره وقال محمد الاول أحق بها مالم يخل الثانى بها خلوة توجب العدة فلا شئ للاول ص ﴿ وان أدركها زوجها قبل أن تتزوج فهو أحق بها قال مالك وأدركت الناس ينكرون الذى قاله بعض الناس على عمر بن الخطاب انه قال يخير زوجها الاول اذا جاء فى صداقها أوفى امرأته ﴾ ش وهذا كما قال انه لاخلاف انه لايفوت الاول قبل أن يعقد الثانى عليها وانما الخلاف فى فواتها بالعقد

(فصل) وقوله أدركت الناس ينكرون الذى قاله بعض الناس على عمر بن الخطاب انه قال يخير زوجها الأول اذا جاء فى صداقها أوفى امرأته يحتمل وجهين أحدهما انهم ينكرون هذا القول مع صحته عن عمر ولكنهم لايرونه ولايعملون به وذلك ان من بنى بامرأته ثم طرأ ما يوجب الفرقة فلا سبيل له الى المهر غير أن هذا لايؤثر فيما ذكره شيوخنا من الاجماع لأن الاجماع حصل فى أن يضرب لها أجل وتعتد ثم يستبيح النكاح ولولم يصح ذلك كله لم يخير الزوج الآن والوجه الثانى انهم ينكرون الرواية وهذا قد رواه عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى عن المسور أن عمر وعثمان قضيا فى المفقود ان امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا بعد ذلك ثم تتزوج فان جاء زوجها الأول خير بين امرأته وبين الصداق قال الزهرى يغرمه الزوج وقال معمر تغرمه المرأة وهذه الرواية على مافيها من الارسال فلا يمتنع أن تنكر على رواتها فان معمرا قد روى بالعراق عن الزهرى أحاديث من حفظه وهم فى كثير منها وقد تنكر الرواية على الثقة اذا انفرد بها وخالف المشهور المحفوظ والله أعلم

(مسئلة) واذا دخل بها الثانى فى نكاح فاسد يفسخ بغير طلاق فالأول أحق بها وان كان يفسخ بطلاق كنكاح المرأة بغير اذن الولى ونكاح العبد بغير اذن سيده فلا سبيل للأول اليها ويجب أن

قال مالك وان تزوجت بعد انقضاء عدتها فدخل بها زوجها أولم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول اليها * قال مالك وذلك الأمر عندنا وان أدركها زوجها قبل أن تتزوج فهو أحق بها * قال مالك وأدركت الناس ينكرون الذى قاله بعض الناس على عمر ابن الخطاب أنه قال يخير زوجها الاول اذا جاء فى صداقها أوفى امرأته

يعتبر فى ذلك مايفسخ بعد البناء دون مالايفسخ والله أعلم (فرع) واذا فاتت على الأول بعقد الثانى عليها أو بنائه بها احتسب الأول فرقته تطليقة وذلك أن الفرقة فى حياة الزوج لاتكون الا لفساد فى العقد أوفساد يطرأ عليه أو طلاق ولم يوجد مايوجب الفسخ فكان طلاقا ص ﴿ قال مالك وبلغنى ان عمر بن الخطاب قال فى المرأة يطلقها زوجها وهوغائب عنها ثم يراجعها فلا تبلغها رجعته وقد بلغها طلاقه اياها فتزوجت انها ان دخل بها زوجها الآخر أولم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول الذى كان طلقها اليها قال مالك وهذا أحب ماسمعت الى فى هذا وفى المفقود ﴾ ش وهذا مما اختلف فيه أيضا فقد قال محمد بهذا القول فى المفقود والمطلق زوجته ولم تعلم برجعته حتى تزوجت ان عقد الثانى عليها يفيتها قال ابن القاسم ثم ان مالكا وقف قبل موته بعام أونحوه فى امرأة المطلق فقال زوجها الأول أحق بها مالم يدخل بها الثانى وأما المنعى لها زوجها فانها ترجع للاول وان ولدت من الثانى أولادا والفرق بين المنعى لها زوجها وبين هذين ان المنعى لها زوجها لم يكن ذلك من قبل الزوج ولاحكم امام بصحة فعلها فلذلك لم تفت على زوجها وأما المفقود فان فرقتها بحكم امام واجتهاده والمطلق الذى كتم رجعته سبب ذلك من قبله والله أعلم (مسئلة) ولو كانت الزوجة أمة فلم تعلم بالرجعة حتى وطئها سيدها فان ذلك يفيتها على زوجها لان وطء السيد بمنزلة وطء الزوج فى تفويتها على المفقود والذى خفيت رجعته رواه أشهب عن مالك

(فصل) وقوله رحمه الله وهذا أحسن ماسمعت فى هذا يقتضى انه قدسمع خلاف هذا ولعله أراد به ماروى ان أبادلف طلق امرأته ثم خرج مسافرا وأشهد على رجعتها قبل انقضاء العدة ولاعلم لها بذلك حتى تزوجت فسأل عمر عن ذلك فقال ان دخل بها فهى امرأته والا فهى امرأتك ويحتمل أن يكون مالك أشار الى هذا والله أعلم

﴿ ماجاء فى الاقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ﴾

أما الاقراء فالك وأهل الحجاز يقولون هى الاطهار وقال أبو اسحق الاقراء والقروء واحدها قرء مثل فرع وهو قول عائشة وابن عمر وهما من أهل اللغة وأنشدوا قول الأعشى

مورثة مجدا وفى الاصل رفعة * بماضاع فيها من قروء نسائكا

والذى ضاع ههنا الاطهار قال بعض أهل اللغة والقرء معناه الجمع ولذلك ماقرأت الناقة سلاقط أى لم يضم رحمها جنيناقط وأنشدوا لعمرو بن كلثوم

تريك اذا دخلت على خلاء * وقد أمنت عيون الكاشحينا

ذراعى عيطل ادماء بكر * هجان اللون لم تقرأ جنينا

وهذا يدل على أن القرء الطهر لانه فيه يكون الجمع وأما وقت الحيضة فليس بوقت جمع وانما هو وقت اراقة ودفق ولذلك يقال قرأت الماء فى الحوض اذا جمعته فيه ولايقال ذلك فى وقت الاراقة له والارسال والله أعلم ومذهب أهل الكوفة ان القرء الحيض يقال اقراء وقروء وقال الاصمعى القرء الحيض يقال أقرأت المرأة اذا حاضت وقاله الكسائى والفراء وقال الأخفش أقرأت المرأة اذا حاضت وأنشدوا

يارب ذى ضغن على فارض له * قروء كقروء الحائض

وهذا يحتمل أن يريد به الوقت وقال أبو اسحق هذا بالوقت أشبه وقال أبو عبيدة القرء يصلح للطهر

*قال مالك وبلغنى أن عمر ابن الخطاب قال فى المرأة يطلقها زوجها وهوغائب عنها ثم يراجعها فلا تبلغها رجعته وقد بلغها طلاقه اياها فتزوجت انه اذا دخل بها زوجها الاخر أولم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الاول الذى كان طلقها اليها قال مالك وهذا أحب ماسمعت الى فى هذا وفى المفقود

﴿ ماجاء فى الاقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ﴾

والحيض وبه قال أبو اسحق الزجاج واليه ذهب القاضي أبو اسحق غير انه قال وهو في الطهر أظهر ومع ذلك فانه اذا احتمل المعنيين وجدناه مستعملا في الشرع في الطهر قال الله تعالى فطلقوهن لعدتهن معناه في هذا الوقت كما يقول الرجل وكتب لغرة الشهر يريد في هذا الوقت ولا خلاف انه انما يؤمر بالطلاق وقت الطهر فيجب أن يكون هو المعتبر به في العدة فانه قال تعالى فطلقوهن لعدتهن يعني وقتا تعتد به ثم قال تعالى وأحصوا العدة يريد ما تعتد به المرأة المطلقة وهو الطهر الذي تطلق فيه وقال النبي صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء وذلك يقتضي أن زمان الطهر هو الذي يسمى عدة وهو الذي يطلق فيه النساء ولا خلاف ان من طلق في حال الحيض لم يعتد بذلك الحيض ومن طلق في حال طهر فانها تعتد عندنا بذلك الطهر فكان ذلك أولى قال القاضي أبو اسحاق ولان الاقراء انما شرعت للعلم ببراءة الرحم أو لتغلب على الظن براءته فاذا حاضت حيضة كانت من العلامة على براءة الرحم فاذا حاضت الثانية والثالثة تأكد بما اراد من براءة الرحم فحلت للازواج ولم تنتظر بقية الحيض لان آخر الحيض أضعف من أوله فلا معنى لمراقبته يدل على ذلك ان من وطئ أمته وأراد بيعها جاز له ذلك بدخولها في الحيضة ولم يكن عليه أن يمنع من ذلك حتى تطهر وقال أبو عمرو بن العلاء القرء الوقت وهو يصلح للطهر والحيض ويقال هذا قارئ الرياح أي وقت هبوبها وهذا القول يقرب من قول من قال انه يقع على الأمرين وقال المتأخرون من أصحابنا ان القرء هو الخروج من طهر الى حيض وقد حكى القاضي أبو اسحق عن أبي عبيدة ما يقرب من ذلك وقال هو خروج من شئ الى شئ فخرجت من طهر الى حيض أو من حيض الى طهر

(فصل) الطلاق الشرعي هو من فرقة الزوجة يقال طلقت المرأة وحكى طلقت والمرأة طالق وزعم بعض أهل اللغة ان الهاء سقطت من طالق لانه لاحظ التذكير فيه وأنكر ذلك غيره من أهل اللغة وقال ان مثل هذا في لغة العرب كثير مما يشترك فيه المؤنث والمذكر يقال بعير ضامر وناقة ضامر وشاغل وزعم سيبويه انه وقع على لفظ التذكير صفة للمؤنث وذلك بمعنى النسب نحو قولهم امرأة مذكار ورجل مذكار يريدون ذات ذكور وكذلك امرأة طالق يريدون ذات طلاق فاذا أجريته على الفعل قلت طالقة قال الأعشى

أيا جارتي بيني فانك طالقه * كذاك أمور الناس غاد وطارقه

ص ﴿ مالك عن نافع ان عبدالله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها فليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسكها بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء ﴾ ش قوله ان عمر طلق امرأته وهي حائض يحتمل أن يثبت ذلك باقرارهما أو ببينة تشهد بذلك من النساء فان أقرت المرأة انها حائض وأنكر ذلك الزوج قال ابن سحنون عن أبيه هي مصدقة ولا تكشف ولا ينظر اليها النساء ويجبر الزوج على الرجعة وجه ذلك ان هذا حكم من أحكام الحيض فكانت المرأة مصدقة فيه كانقضاء العدة وروى أصبغ عن ابن القاسم فيمن طلق فقالت طلقني في الحيض فقال بل طلقتك وأنت طاهر القول قوله ومعنى ذلك أن تقوله بعد ما طهرت وأما اذا قالته قبل أن تقر بالطهر فالقول قولها على ما تقدم قال وقد قيل ان القول قوله

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها فليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسكها بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء

(فصل) سؤال عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن طلاق ابنه عبد الله امرأته في حال حيضها لما ظهر اليه من منع ذلك أولما سمع من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك من المنع ولم يسمع منه حكم ما يلزم من فعل ذلك ووقع منه وقد قال مالك وأصحابه لا يجوز لأحد أن يطلق امرأة في دم حيض ولا دم نفاس لما ذكر في آخر الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء وهذا يقتضي منع الطلاق في غيرها (مسئلة) ولا يجوز له أن يصالح امرأته في الحيض قاله ابن القاسم وأشهب وأما الطلاق الذي يكون بغلبة من السلطان فمن به جنون أو جذام أو عنة أو لعدم النفقة فقد قال مالك وابن القاسم وأشهب لا تطلق عليه في دم ولا حيض ولا نفاس والأمة تعتق في الحيض لا ينبغي أن تختار حتى تطهر فان فعلت مضى وأما المولى فروى أشهب لا تطلق عليه حال الحيض وروى ابن القاسم عن مالك تطلق عليه وجه الرواية الاولى ما احتج به مالك قال وكيف أطلق عليه وأجبره على الرجعة ووجه القول الثاني ان الطلاق حق للزوجة قد وجب عليه لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الى قوله وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم والارتجاع بعد ذلك حق لله تعالى فيجب أن يقضي بالحقين وقد تقدم في كتاب الطلاق لزوم ما يوقع من الطلاق حين الحيض وبالله التوفيق (مسئلة) واذا رأت الحائض القصة البيضاء فلا يطلقها زوجها حتى تغتسل ووجه ذلك ان هذه حالة هي ممنوعة فيها من الصلاة ووطء الحائض لاجل الحيض فوجب أن يمنع الطلاق أصل ذلك ما دامت حائضا فاذا وضعت الحامل ولدا وبقي في بطنها آخر فطلقها الزوج فقد قال الشيخ أبو عمران ان قلنا تطلق الحامل حال الحيض لم يجبر هذا على الرجعة وان قلنا بقول محمد في المستحاضة تميز فتطلق حال الحيض يجبر على الرجعة فيجري الأمر في هذه على ثلاث (مسئلة) واذا انقطع الدم عن المرأة فطلقها زوجها ثم عاودها بالقرب أجبر الزوج على الرجعة قاله أبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمن ووجه ذلك ما فيه من تطويل العدة اذ قد ظهر انه مطلق في وقت يضاف ما بعده من الدم الى ما قبله فتعد ذلك كله حيضة واحدة كالذي طلق حال الحيض * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والأظهر عندي انه لا يجبر على الرجعة لانه أوقع الطلاق في وقت يجوز ايقاعه فيه ويصح صومه ووطء الزوج فيه كما لو أوقعه حال طهر كامل وقد رأيت ذلك لبعض الصقليين والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان للزوج أن يطلق الصغيرة واليائسة أي وقت شاء ولا يوصف طلاقهما بانه للسنة ولا للبدعة لان حالهما واحدة ليست لهما حالان فيختص ايقاع الطلاق باحدهما وانما جميع تلك الحال وقت العدة فكانت وقتا للطلاق (مسئلة) وأما غير المدخول بها ففي طلاقها حال الحيض روايتان احداهما ما روى ابن المواز عن ابن القاسم انه قال لا بأس بذلك ونهى عنه أشهب وجه قول ابن القاسم ما احتج به من انه طلاق لا يلحق به ضرر تطويل العدة كطلاق الطاهر ووجه قول أشهب انه طلاق حائض فتعلق به المنع كطلاق المدخول بها وقد قال الشيخ أبو عمران منع أشهب انما هو على الكراهية فاذا قلنا ان ذلك ممنوع فان طلاقها يتنوع الى السنة والبدعة من جهة الوقت على ما تقدم وان قلنا ان ذلك مباح فلا يوصف بشئ من ذلك فقد قال القاضي أبو محمد في الحامل انه يتخرج طلاقها حال حيضها على ما تقدم ووجدت للقاضي أبي الحسن ان ذلك ممنوع وللشيخ أبي عمران ان ذلك مباح وتوجيه القول فيه على ما تقدم (مسئلة) فاما المستحاضة فعلى ضربين مستحاضة لا تميز ومستحاضة تميز فاما التي لا تميز فحكمها حكم الصغيرة واليائسة قال ابن شهاب تطلق المستحاضة اذا طهرت للصلاة قال فجعل ذلك طهرها * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والأظهر عندي

انه أراد التي تميز ويحتمل أن يريد المستحاضة التي تميز والتي لا تميز فيكون طهر التي تميز الاغتسال من الحيض ويكون طهر التي لا تميز الوضوء للصلاة لاسيما على قول من قال من أصحابنا ان دم الاستحاضة حدث فيه تأثير في منع الطلاق لانه من جنس الحيض الذي يمنعه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ظاهر هذا الأمر وجوبه على عمر رضي الله عنه الأمر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك له ويحتمل أن يكون قدمه للحكم بذلك على ابن عمر بالارتجاع ويقتضي أمر عمر لابنه عن أمر النبي صلى الله عليه وسلم ولزومه له وان كان أمر عمر بذلك بمعنى لتقدم الحكم عليه فقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها الحكم عليه بذلك وذلك لازم لكل من طلق امرأته في حال حيضها أن يراجعها اذا كان له عليها رجعة فان لم يكن له عليها رجعة لان الطلاق بائن بخلع أو استيفاء عدد الطلاق أو طلق عليه من جنون أو جذام أو عنة أو اعسار بنفقة فأما العنين فلا رجعة له بوجه لانه طلق قبل الدخول وأما غيره فلزوال موجب الطلاق مثل أن يفيق المجنون أو يوسر المعسر أو يخف الجذام الى حال لو كان عليها لم تطلق عليه فقد قال ابن المواز لكل واحد منهم الرجعة قال محمد ومن طلق منهم حائضا أجبر في الرجعة خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما يؤمر بها ولا يجبر ووجه ذلك ماتقدم من الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء ومن جهة المعنى انه مضار بتطويل العدة فمنع من ذلك وأجبر على الرجعة (فرع) فان أمر بالرجعة فامتنع منها ففي كتاب محمد بن المواز عن ابن القاسم وأشهب يهدد سواء ابتدأ الطلاق أو حنث فان أبى سجنه الحاكم فان فعل والا ضرب بالسوط ويكون ذلك قريبا في موضع واحد فان تمادى ألزمه الحاكم الرجعة وكانت له رجعة ووجه ذلك أن امتناعه من الرجعة وبقاءه على حكم الطلاق معصية فلا بد أن يجترئ على الاقلاع عنها والخروج منها والا لزم ما يجب من ذلك (مسئلة) فان غفل عنه حتى طهرت فعل به أيضا قال ابن القاسم مالم يخرج من تلك العدة وقال أشهب مالم تطهر من تلك الحيضة ثم تطهر فلا تجبر ووجه القول الاول ان هذه مدة من العدة فاجبر المطلق على ارتجاعها أصل ذلك الطهر الأول وزمن الحيض وقال ابن المواز قول ابن القاسم أحب الينا لانها رجعة وجبت ووجه قول أشهب ما احتج به انه لو ارتجع لجاز له أن يطلق الآن فلا يجبر الآن على الرجعة لانقضاء الوقت المنهي عن الطلاق فيه وفي هذا الطهر أباح النبي صلى الله عليه وسلم لابن عمر أن يطلق بعد أن يرتجع فلا معنى لجبره فيه على الارتجاع (فرع) فان أجبر على الرجعة ولم ينوها فقد قال بعض البغداديين من أصحابنا ليس له أن يستمتع بما فوق الازار منها حال حيضها ولو نوى الرجعة جاز له ذلك ورأيت للشيخ أبي عمران هي رجعة صحيحة وله الوطء كالمتزوج هازلا يلزمه النكاح وله الوطء (مسئلة) ولو لم يجبر في الحيض الأول على الارتجاع فلما طهرت طلقها ثانية قبل أن يراجع قال ابن القاسم يجبر على الرجعة ووجه ذلك ان الرجعة واجبة عليه بالطلاق الاول في الحيض فلا يسقط عنه ذلك بما زاد من الطلقة الثانية ما بقيت له فيها رجعة (مسئلة) وان أجبر على الارتجاع فارتجع فلما طهرت طلقها ثانية قال ابن القاسم بئس ما صنع ولا أجبره على الرجعة وجه كراهية طلاقه ان النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجع ثم يمسك حتى تطهر ثم تحيض وهذا عام في ايقاع الطلاق في الطهر الأول وانما لم يجبر على الارتجاع لانه ليس في هذا الطلاق تطويل للعدة فلم يتعلق به حق للزوجة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلق وان

شاء أمسك قال شيوخنا البغداديون معنى ذلك أن يمسكها في الطهر ليتمكن من الوطء ان شاء لان مقصود النكاح المبتدأ والرجعة الوطء فلذلك شرع له أن يمسكها في طهر يكون له فيه الوطء ان شاء لئلا يكون ارتجاعه لغير مقصود النكاح فيكون على معنى الاضرار قال الله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وقال تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ان أرادوا اصلاحا فشرط ارادة الاصلاح في الرجعة والله تعالى أعلم أن يكون على سنة النكاح ومقتضاه ومقصوده ولفظ الرجعة يدل على وقوع الطلاق ولو لم يقع الطلاق لقال مره فليمسكها هكذا روى الحديث نافع عن ابن عمر وهو أثبت الناس فيه وكذلك رواه سالم عن أبيه من رواية ابن شهاب عنه وابن شهاب أثبت من يروى عنه وتابعهم على ذلك جماعة ورواه يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين وزيد بن أسلم وغيرهم عن ابن عمر وقالوا فيه فليراجعها حتى تطهر ثم ان شاء طلق بعد وان شاء أمسك وكذلك رواه محمد بن عبد الرحمن مولى طلحة عن سالم عن ابن عمر وزاد فيه ثم ان شاء طلقها طاهرا قبل أن يمس أو حاملا وعلى كل حال فالزيادة من العدل مقبولة لا سيما مثل هذا وقد تابعه عليه جماعة سالم وعلقمة وعطاء الخراساني رووا الزيادة عن ابن عمر والنظر يعضد هذه الرواية وبه قال مالك والشافعي وذهب أبو حنيفة الى أنه يراجعها واذا طهرت كان له أن يطلقها والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما تقدم من الأثر والنظر والله أعلم

(فصل) وقوله ان شاء أمسكها وان شاء طلق قبل أن يمس يقتضي انه يوقع الطلاق في طهر لم يمس فيه لما في الطلاق في طهر قد مس فيه من الالباس في العدة لانها لا تدري أتعتد بالاقراء أو بالحمل والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء معناه والله أعلم أن يطلق زوجته في طهر لم يمس فيه ولا يعقب حيضا طلق فيه وذلك ان من تزوج امرأة جاز له أن يطلقها بعد ذلك في طهر لم يمس فيه والذي طلق في الحيض اذا ارتجع لو أبيح له الطلاق في الطهر الأول لاقتضى ذلك أن يطلق في طهر مس فيه أو يكون ارتجاعه بمضي نكاح لا يتمكن فيه من الوطء وذلك محظور فلذلك منع من الطلاق في أول طهر ليسلم من ذلك (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يعتد عليه بالطلاق الذي يوقعه في الحيض رجعيا كان أو بائنا قال القاضي أبو الحسن والقاضي أبو محمد خلافا لمن لا يعتد بخلافهم وهم هشام بن عبد الحكم وابن علية وداود والدليل على ما نقوله قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان الى قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره قال ولم يفرق بين أن يكون الطلاق في حال حيض أو طهر ولا يخلو أن يريد بذلك تعالى ان الزوج يملك ايقاع هذا المقدار من الطلاق ولم يخص حالا دون حال فوجب أن يحمل على عمومه وهم يقولون انه لا يملك ايقاعه أو يريد به ان وقع هذا العدد من الطلاق لزمه فيجب أن يحمل أيضا على عمومه ودليلنا من جهة السنة أن عبد الله بن عمر قال طلقت امرأتي وهي حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتغيظ رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال مره فليراجعها حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلق فيها فان بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهرا من حيضتها قبل أن يمسها قال والطلاق للعدة كما أمر الله عز وجل قال وكان عبد الله بن عمر طلقها تطليقة فحسبت من طلاقها فراجعها عبد الله بن عمر كما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال القاضي أبو محمد في الحديث أدلة أحدها أنه قال صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها قال وهذا لا يستعمل غالبا في النكاح الا بالطلاق الذي يعتد به ووجه آخر وهو انه قال فحسبت من طلاقها والذي كان يحتسب به في

ذلك الزمان انما كان النبي صلى الله عليه وسلم وقد شوور في المسئلة وأفتى فيها بما امتثل فحال أن يعتد بها عبد الله طلقة من غير أمره صلى الله عليه وسلم ودليلنا من جهة القياس انه ازالة ملك مبنى على التغليب والسراية فوجب أن ينفذ في حال الطهر والحيض كالعتق * واستدلال في المسئلة وهو أن ايقاع الطلاق والزامه تغليظ ومنعه تخفيف بدليل انه لا يلزم المجنون والصبي والنائم والمغمى عليه لانهم غير عصاة ويلزم السكران لانه عاص فاذا ثبت انه يلزم من أوقعه على الوجه المأمور به فبأن يلزم من أوقعه على الوجه الممنوع أولى وأحرى ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها انتقلت حفصة بنت أبي بكر بن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة قال ابن شهاب فذكرت ذلك لعمرة بنت عبد الرحمن فقالت صدق عروة وقد جادلها في ذلك ناس وقالوا ان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ثلاثة قروء فقالت عائشة صدقتم تدرون ما الاقراء انما الاقراء الاطهار فالذي عن ابن شهاب انه قال سمعت أبا بكر بن عبد الرحمن يقول ما أدركت أحدا من فقهائنا الا وهو يقول هذا يريد قول عائشة رضي الله عنها ﴾ ش قوله ان عائشة رضي الله عنها انتقلت حفصة حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة يقتضي انها تعتقد انقضاء عدتها واستيفاء ما كان لزمها من المقام بسببها وهذا مبنى على ما قاله شيوخنا من أن الاقراء هي الاطهار لانه لا خلاف ان المطلقة المدخول بها مع السلامة تعتد ثلاثة قروء لقول الله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء فذهب عائشة وأكثر علماء المدينة ان الاقراء هي الاطهار وبه قال مالك والشافعي وقد احتج مالك لذلك بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن فانما تطلق في طهر تعتد به واحتج لذلك بحديث ابن عمر إذ أمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يطلق للطهر ثم قال صلى الله عليه وسلم فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء غير أن آخر الطهر يجزى عن جميعه وتحقيق ذلك ان القرء الخروج من الطهر الى الحيض فاذا رأت الدم من الحيضة الثالثة فقد كملت لها ثلاثة اقراء وانقضت عدتها وكان لها أن تنتقل من موضع اعتدادها وقاله أشهب

(فصل) وقول عمرة وقد جادلها في ذلك أناس يقتضي ان المجادلة مباحة عند الصحابة بل هي مأمور بها اذا كانت على وجهها من القصد الى الحق وطلب حقيقة الحكم فان عائشة رضي الله عنها قد أتت ذلك مع جماعة من الناس وشاع ذلك واشتهر ولم ينكر ذلك أحد عليها فثبت انه اجماع

(فصل) وقولهم ان الله يقول في كتابه والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء على معنى المنع لها من انتقال المعتدة بأول الحيضة الثالثة فجاوبتهم عائشة بأن التعلق بالآية صحيح غير أن تأويلها على غير ما ظننتم وذلك انكم تظنون ان الاقراء هي الحيض وانما الاقراء الاطهار وقد قال بعض أصحابنا ان اسم القرء يقع على الطهر والحيض الا أنه في الطهر أظهر فعلى هذا يجب حمله على الطهر من وجهين أحدهما أنه فيه أظهر فوجب أن يحمل على ظاهره ولا يعدل عنه الا بدليل والوجه الثاني ان الحكم الثاني اذا علق في الشرع على اسم يتناول معنيين تعلق بأولهما وجودا فاذا كان الطلاق في زمن الطهر فأول الاقراء الاطهار فيجب أن يتعلق الحكم بها

(فصل) وقول عائشة لمن جادلها في ذلك أتدرون ما الاقراء وانما الاقراء الاطهار ان كانت قالت ذلك لمن ليس من أهل اللغة فواضح لانها أعلمتهم بمقتضاه في اللغة وان كانت قالت ذلك لمن هو من أهل اللسان والعلم باللغة في العربية فيحتمل أن تكون الاقراء واقعة في الطهر على الحيض فأعلمتهم

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة قال ابن شهاب فذكر ذلك لعمرة بنت عبد الرحمن فقالت صدق عروة وقد جادلها في ذلك ناس وقالوا ان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ثلاثة قروء فقالت عائشة صدقتم تدرون ما الاقراء انما الاقراء الاطهار * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب انه قال سمعت أبا بكر بن عبد الرحمن يقول ما أدركت أحدا من فقهائنا الا وهو يقول هذا يريد قول عائشة

وحدثني عن مالك عن نافع وزيد بن أسلم عن سليمان بن يسار أن الاحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم من الحيضة الثالثة وقد كان طلقها فكتب معاوية ابن أبي سفيان الى زيد ابن ثابت يسأله عن ذلك فكتب اليه زيد بن ثابت انها اذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها ولا ترثه ولا يرثها * وحدثني عن مالك انه بلغه عن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبي بكر بن عبد الرحمن وسليمان ابن يسار وابن شهاب انهم كانوا يقولون اذا دخلت المطلقة في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت من زوجها ولا ميراث بينهما ولا رجعة له عليها * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر انه كان يقول اذا طلق الرجل امرأته فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها قال مالك وهو الأمر عندنا * وحدثني عن مالك عن الفضيل بن أبي عبد الله مولى المهدي أن القاسم بن محمد وسالم ابن عبد الله كانا يقولان اذا طلقت المرأة فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت منه وحلت * وحدثني عن مالك انه بلغه عن سعيد بن المسيب وابن شهاب وسليمان بن يسار انهم كانوا يقولون ان عدة المختلعة ثلاثة قروء * وحدثني عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول عدة المطلقة الاقراء وان تباعدت

ان المراد به في الشرع الطهر ويحتمل أن يكون بعض العرب يريد به الطهر وبعضهم يريد به الحيض فأعلمتهم انه في لغة قريش الطهر وان حمله على مقتضاه في لغة قريش أولى لان القرآن نزل بلغتهم والله أعلم

(فصل) وقول أبي بكر بن عبد الرحمن ما أدركت أحدا من فقهائنا الا وهو يقول هذا يريد انه لم يدرك أحدا من فقهاء المدينة الا وهو يقول ان الاقراء هي الاطهار وهو قول أهل المدينة وعائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس وهم من أهل اللغة فيرجع الى قولهم وقد روى عن عمر وعلي بن أبي طالب وأبي موسى وعبد الله ان القرء الحيض وقد حكى القاضي أبو اسحق عن أبي بكر الأثرم ان أحمد بن حنبل كان يذهب الى ذلك ثم رجع عنه وقال رأيت حديث عمر وعبد الله يختلف في اسناده الأعمش ومنصور والحاكم وحديث ابن المسيب عن علي ليس هو عندي سماعا وهو مرسل أرسله سعيد عن علي وحديث الحسن عن أبي موسى منقطع لان الحسن لم يجتمع معه والأحاديث عمن قال الاقراء هي الاطهار قوية صحيحة فرجع أحمد الى هذا ص * مالك عن نافع وزيد بن أسلم عن سليمان بن يسار ان الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم من الحيضة الثالثة وقد كان طلقها فكتب معاوية بن أبي سفيان الى زيد بن ثابت يسأله عن ذلك فكتب اليه زيد بن ثابت انها اذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها ولا ترثه ولا يرثها * مالك انه بلغه ان القاسم ابن محمد وسالم بن عبد الله وأبا بكر بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وابن شهاب كانوا يقولون اذا دخلت المطلقة في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت من زوجها ولا ميراث بينهما ولا رجعة له عليها * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول اذا طلق الرجل امرأته فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها قال مالك وهو الأمر عندنا * مالك عن الفضيل بن أبي عبد الله مولى المهدي أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانا يقولان اذا طلقت المرأة فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت منه وحلت * ش وقوله ان الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم من الحيضة الثالثة وكان طلقها يقتضي على مذهب مالك انه طلقها في حال صحته ولو طلقها في المرض الذي توفي منه لورثته على ما تقدم

(فصل) وقوله فكتب معاوية بن أبي سفيان في ذلك الى زيد بن ثابت على ما جرت به عادة الأمراء أو الحكام من مشاورة أهل العلم واستدعاء فتاوى أهل المدينة فيما أشكل من المسائل بالآفاق

(فصل) وقول زيد بن ثابت رضي الله عنه اذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها يريد انه انقضى ما كان بينهما من أحكام العدة من الارتجاع والنفقة والسكنى والتوارث والمنع من تزوج غيره ص * مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب وابن شهاب وسليمان بن يسار كانوا يقولون ان عدة المختلعة ثلاثة قروء * مالك انه سمع ابن شهاب يقول عدة المطلقة الاقراء وان تباعدت * ش قولهم ان عدة المطلقة ثلاثة قروء يريدون التي تعتد بالاقراء ولا خلاف في ذلك لنص القرآن وهو قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولفظ يتربصن وان كان لفظه لفظ الخبر فان المراد به الأمر فان خبر الباري تعالى لا يكون بخلاف مخبره ونحن نرى من المطلقات من لا تتربص ثلاثة قروء فدل ذلك على أنه على الأمر

(فصل) وقول ابن شهاب عدة المطلقة ثلاثة قروء وان تباعدت يريد ان بعد ما بين القرأين لا يمنع

فلما حاضت آذنته فقال اذا طهرت فآذنيني فلما طهرت آذنته فطلقها * قال مالك وهذا أحسن ماسمعت في ذلك

﴿ ماجاء في عدة المرأة في بيتها اذا طلقت فيه ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد وسليمان بن يسار انه سمعهما يذكران أن يحيى بن سعيد بن العاصي طلق ابنة عبد الرحمن بن الحكم البتة فانتقلها عبد الرحمن بن الحكم فأرسلت عائشة أم المؤمنين الى مروان بن الحكم وهو يومئذ أمير المدينة فقالت اتق الله واردد المرأة الى بيتها فقال مروان في حديث سليمان ان عبد الرحمن غلبني وقال مروان في حديث القاسم أوما بلغه شأن فاطمة بنت قيس فقالت عائشة لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة فقال مروان ان كان بك الشر فحسبك مابين هذين من الشر

* وحدثني عن مالك عن نافع أن بنت سعيد بن زيد ابن عمرو بن نفيل كانت تحت عبد الله بن عمرو بن عثمان فطلقها البتة فانتقلت فانكر ذلك عليها عبد الله ابن عمر

الاعتبار بها مالم يؤد تأخير القرء الى حال الريبة وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن رجل من الأنصار أن امرأته سألته الطلاق فقال اذا احضت فآذنيني فلما حاضت آذنته فقال اذا طهرت فآذنيني فلما طهرت آذنته فطلقها * قال مالك وهذا أحسن ماسمعت في ذلك ﴾ ش قول الأنصاري لامرأته اذ سألته الطلاق اذا احضت فآذنيني يحتمل أن يكون في طهر قد مسها فيه وايقاع الطلاق فيه ممنوع فأمرها أن تؤذنه بحيضها ليسلم طلاقه من ذلك فلما حاضت قال لها اذا طهرت فآذنيني لان ايقاع الطلاق حال الحيض ممنوع كما تقدم فلما طهرت أوقع الطلاق في طهر لم يمسها فيه ولا تعقب حيضا طلقها فيه وهو الزمان الذي شرع ايقاع الطلاق فيه والله أعلم

﴿ ماجاء في عدة المرأة في بيتها اذا طلقت فيه ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد وسليمان بن يسار أنه سمعهما يذكران أن يحيى بن سعيد بن العاصي طلق ابنة عبد الرحمن بن الحكم البتة فانتقلها عبد الرحمن بن الحكم فأرسلت عائشة أم المؤمنين الى مروان بن الحكم وهو يومئذ أمير المدينة فقالت اتق الله واردد المرأة الى بيتها فقال مروان في حديث سليمان ان عبد الرحمن غلبني وقال مروان في حديث القاسم أوما بلغك شأن فاطمة بنت قيس فقالت عائشة لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة فقال مروان ان كان بك الشر فحسبك مابين هذين من الشر * مالك عن نافع أن بنت سعيد بن عمرو بن نفيل كانت تحت عبد الله بن عمرو بن عثمان فطلقها البتة فانتقلت فأنكر ذلك عليها عبد الله بن عمر ﴾ ش قوله ان يحيى بن سعيد طلق ابنة عبد الرحمن بن الحكم البتة يحتمل أن يكون طلقها آخر ثلاث تطليقات فان تلك الطلقة توصف بها البتة لان حكمها في ذلك حكم الثلاث وانتقال عبد الرحمن ابنته يريد من موضع عدتها وهو موضع سكناها مع زوجها وذلك ان السكنى وان كانت حقا من حقوق الزوجية فان المقصود منه حفظ النسب ولحق الله به تعلق فيغلظ لذلك فليس للزوجة اسقاطه وقد قال مالك للمبتوتة السكنى على زوجها في العدة ويحبس ويباع عليه فيه ماله ومعنى ذلك ان هذا حق على الزوج وان كان له مال يؤخذ به كما يؤخذ بسائر الحقوق اللازمة (مسئلة) فان لم يكن له مال فقد قال مالك ان استيقن انه لاشئ له فلا شئ عليها ومعنى ذلك والله أعلم انه يسقط عنه حق السكنى والنفقة لانه انما يجب ذلك عليه بشرط اليسار والغنى ويسقط مع العدم فيكون عليها أن تسكن نفسها كما يكون عليها أن تنفق على نفسها وهذا في المدخول بها التي يوطأ مثلها وان كانت غير مدخول بها لم يكن لها سكنى في وفاة ولا طلاق صغيرة كانت أو كبيرة قاله مالك في الموازية (مسئلة) وان كانت أمة فقد قال ابن المواز لم يختلف أصحابنا ان لها السكنى في الفراق كان الزوج حرا أو عبدا اذا بوئت بيتا قال مالك وتعتد الأمة حيث كانت ان كان الزوج يأتيها عند أهلها اعتدت عندهم وان كانت عندهم بالنهار وتبيت عند زوجها بالليل اعتدت في منزله قال أشهب ان كان ينفق عليها فعليه السكنى والافلا ووجه قول مالك ان سكنى العدة معتبرة بالسكنى حال الزوجية ويتعين في موضعه فاذا لم يكن لها عليه سكنى في حال الزوجية وقت كمال النكاح فبان لا يجب لها حال الفراق وهو وقت اسلام النكاح أولى وأحرى ووجه قول أشهب ان السكنى حكم يجب بالزوجية كالنفقة فاذا اقتضت الزوجية ثبوت احداهما اقتضت الأخرى واذا لم تقتضه لم تقتض الاخرى والله أعلم (مسئلة) وأما

الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فلا سكنى لها في الطلاق وان كان قد بنى بها زوجها قاله مالك لانه لا عدة عليها ويدل على ذلك انه ليس لذلك البناء حكم البناء في عدة ولا كمال صداق ولا وجوب سكنى ولا نفقة والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت أن للمعتدة السكنى فلا تبيت في غير بيتها ولها أن تخرج نهارا خلافا لابي حنيفة والدليل على ما نقوله ان الذي تضمنه النص الاسكان قال الله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم والخروج بالنهار لا ينافي السكنى فلم تمنع من ذلك ولان في منعها من التصرف اضرارا بها فليس كل النساء لها من يتصرف لها

(فصل) وقوله فنقلها عبد الرحمن بن الحكم يريد قبل انقضاء عدتها فأرسلت عائشة الى مروان بن الحكم اتق الله وردّ المرأة الى بيتها انكارا منها لانتقالها من بيتها قبل انقضاء عدتها لان ذلك عند عائشة واجب عليها تجبر عليه ان أبته وهذا معنى قولها اردد المرأة الى بيتها وهو أمير المدينة يومئذ ولو كانت الزوجة لا تجبر على المقام في بيت سكناها مدة العدة لما خاطبت بذلك من اليه حكم المدينة وانما كانت تخاطب به المرأة في خاصتها وتعلمها ان ذلك أفضل لها وذلك ان انتقالها لا يخلو أن يكون بعذر أو بغير عذر فقد قال ابن القاسم في المدونة اذا خافت الزوجة المعتدة من وفاة زوجها سقوط البيت أو كانت بقرية ليس فيها مسلمون وتخاف على نفسها اللصوص وما أشبه ذلك مما لا يؤمن عليها في نفسها فلها أن تتحول وأما غير ذلك فلا تتحول ولو كانت في مصر من الامصار فخافت جار سوء فقد قال ابن القاسم ترفع أمرها الى السلطان لان مالكا قال لا تنتقل الا لامر لا تستطيع القرار عليه والمدينة بخلاف القرية ومعنى ذلك ان المدينة فيها من ترفع أمرها اليه ويكفيها من تتقيه من الجار السوء وغيره والقرية في الغالب ليس فيها سلطان ولا يمنع المتعدي من التعدي فاذا خافت على نفسها انتقلت عنها

(فصل) وقول عائشة رضي الله عنها لما اعترض مروان بحديث فاطمة بنت قيس وانتقالها الى منزل ابن أم مكتوم لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة تريد أن حكم فاطمة غير حكم هذه لما اعتقدت أن فاطمة بنت قيس انما انتقلت لان منزلها كان غير مأمون واعتقد مروان انه انما جاز خروجها لما كان بينها وبين زوجها وذويه من الشر على ما روي عن سعيد بن المسيب ان فاطمة كانت لسنة فلذلك قال ان كان بك الشر فحسبك ما بين هذين ان أبلغ ذلك في قصة فاطمة بنت قيس هذين منه ما فيه كفاية وقد أنكر عبد الله بن عمر على بنت سعيد بن زيد انتقالها حين طلقها عبد الله بن عمرو ويقتضي ذلك ان انتقالها كان لغير عذر والله أعلم (مسئلة) فاذا انتقلت لغير عذر فأراد الزوج أن ينقلها الى موضع وأرادت هي غيره ففي المدونة ان لم يكن على الزوج في ذلك ضرر من كثرة كراء ولا سكنى فالقول قولها ووجه ذلك انها التي تختص بالسكنى فاذا لم يكن على الزوج فيما تختاره ضرر لم يكن له صرفها عنه لان ذلك من وجه الاضرار بها ومقتضى ذلك أن عقد الكراء للزوجة وانما على الزوج أداء الكراء كسائر النفقات (مسئلة) وحكم المنزل الذي تنتقل اليه حكم الذي انتقلت منه من ملازمتها حتى تنقضي عدتها فيه لانه بدل من الدار التي انتقلت عنها فكان حكمه حكمها (مسئلة) وليس للمرأة أن تنتقل من موضع عدتها بغير عذر فان انتقلت أجبرها السلطان على الرجوع لانه حق من حقوق الزوج والولد المرتقب وقد تغلظ لحق الله تعالى فليس لاحد اسقاطه ص * مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر طلق امرأة له في مسكن حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم وكان طريقه الى المسجد فكان يسلك الطريق الأخرى من ادبار البيوت كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها * ش قوله طلق امرأته في مسكن حفصة يريد انه كان مسكنها في دار حفصة أو في دار

* وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر طلق امرأة له في مسكن حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم وكان طريقه الى المسجد فكان يسلك الطريق الاخرى من أدبار البيوت كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها

فيه سكنى حفصة وكان ذلك المسكن طريق عبد الله بن عمر الى المسجد اما لان سكان تلك الدار وأربابها أباحوا له ذلك لان ذلك أرفق به أولانه كان له فيها الممر باستحقاق رقبة الممر أو استحقاق منفعته بين يدى تلك البيوت التى كانت تسكن فى بعضها هذه المطلقة فلما طلق عبد الله بن عمر هذه الزوجة واستحقت الاعتداد فى ذلك المسكن ترك أن يمر بين يدى تلك البيوت وسلك الطريق الأخرى من أدبار البيوت وهذا يقتضى انه كان هناك طريقان احداهما بين يدى تلك البيوت والثانية من أدبارها فكان يأخذ على طريق أدبار البيوت لئلا يكشف على هذه المرأة المطلقة أو يتكلف الاستئذان عليها لانه كان لا يستبيح النظر اليها لكونها مطلقة وان كانت رجعية وقد اختلف قول مالك فى دخول المطلق على الزوجة الرجعية فى المدوّنة قال مالك أولا فى المطلقة الرجعية لا بأس أن يدخل عليها مطلقها ويأكل معها اذا كان معهما من يتحفظ بها وقد زاد على هذا أبو حنيفة لا بأس أن تتزين له وان تتطيب ثم قال مالك لا يدخل عليها ولا يرى شعرها ولا يأكل معها حتى يراجعها وهذا الذى رواه ابن القاسم عن مالك فى العتبية انه لا يدخل عليها باذن ولا بغير اذن وبه قال الشافعى والاوزاعى وجه القول الأول انها لم تحرم عليه وكان يجب على هذا الاصل أن يكون الاستمتاع بها رجعة وان لم ينو ذلك والاوقع النظر اليها والالتذاذ بها ممنوعا محظورا ووجه القول الثانى انها قد حرم عليه الاستمتاع بها والتلذذ بشئ منها فلا يجوز له النظر اليها لان الطلاق قد أفاد تحريم ذلك والا لم يكن له تأثير كالبائن وانما له فيها الرجعة وازالة التحريم بالرد الى الزوجية (فرع) فاذا قلنا برواية المنع فليس للمطلق أن يتلذذ بشئ منها وان كان يريد الارتجاع قاله ابن القاسم ووجه ذلك انه على المنع فلا يجوز له شئ من ذلك الا بشرط تقديم الرجعة ولذلك لما لم تجز الصلاة الا بطهارة لم يجز لمن يريد الصلاة أن يصلى حتى يتطهر (مسئلة) ولا يساكنها وان كان معها انتقل عنها ولا يكون معها فى موضع يغلق عليه وعليها سواء كانت رجعية أو بائنة قاله مالك ووجه ذلك ان الاستمتاع بها محرم فلم يجز أن يساكنها كالاجنبية ص ﴿مالك عن يحيى بن سعيد أن سعيد بن المسيب سئل عن المرأة يطلقها زوجها وهى فى بيت بكراء على من الكراء فقال سعيد بن المسيب على زوجها قال فان لم يكن عند زوجها قال فعليها قال فان لم يكن عندها قال فعلى الامير﴾ ش سؤاله عن المرأة المطلقة فى بيت بكراء يريد التى قد دخل بها زوجها وكان الطلاق رجعيا فقال سعيد الكراء على الزوج يريد كراء العدة وأما كراء السكنى فى مدة الزوجية فلا يسئل عن مثله لاتفاق الجميع على ان السكنى مدة الزوجية على الزوج وأما فى مدة العدة فان كان الطلاق رجعيا أو بائنا فالكراء على الزوج ولا خلاف بين الفقهاء فى الطلاق الرجعى وان اختلفوا فى البائن والدليل على ما نقوله قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم والأمر يقتضى الوجوب وانما خوطب بذلك من طلق وكان الانفاق والسكنى لازمين للزوج قبل الطلاق فلما أمر بالسكنى بعد الطلاق علم ان حكمه بعد الطلاق غير حكم الانفاق لان للزوجة اسقاط النفقة قبل الطلاق وبعده وليس لها اسقاط السكنى ولا نقله عن محله وقد روى عن عمر وعبد الله بن مسعود ان المبتوتة لها النفقة مع السكنى روى ذلك عن ابراهيم عن الأسود عن عمر رضى الله عنه قال المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة ولا نجيز قول امرأة فى دين المسلمين وهذا قد روى عن ابراهيم انه قال المطلق ثلاثا لا يجبر على النفقة فلعل الذى روى عن عمر انما أراد به الحامل ولذلك قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندرى أصدقت أم نسيت والذى فى كتاب الله تعالى للمطلقة انما هو السكنى وأما النفقة فتختص بالحامل قال الله تعالى وان كن أولات

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أن سعيد ابن المسيب سئل عن المرأة يطلقها زوجها وهى فى بيت بكراء على من الكراء فقال سعيد بن المسيب على زوجها قال فان لم يكن عند زوجها قال فعليها قال فان لم يكن عندها قال فعلى الأمير

حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن (مسئلة) وقد ذهبت طائفة الى أنها ليس لها سكنى ولا نفقة ومذهب مالك رحمه الله وجمهور فقهاء الأمصار ان لها السكنى دون النفقة والدليل على ذلك الآية المتقدمة اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وما روى من حديث فاطمة بنت قيس فانما وقعت المنازعة بينها وبين من أوصل اليها النفقة عن زوجها في النفقة خاصة لانها أسخطت ما أنفذ اليها فقال لها صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وكانت بائنا وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم وهذا يقتضي ان السكنى تلزمها بسبب العدة ولو كان لحاجة وضرورة لم يخص ذلك بالعدة لان تخصيصه هذه السكنى بالعدة يقتضي الانتقال عنه بعد العدة فثبت أنه سكنى تجب عليها ولها بالعدة

(فصل) اذا ثبت ذلك فقوله فان لم يكن لزوجها مال فعليها يريد والله أعلم عليها كراء بقية مدة العدة ولا يكون لها أن تنتقل ان كان عندها ما تدفعه في كراء المسكن بين ذلك انه قال فان لم يكن عندها فعلى الأمير ولو لم يرد ذلك لقال فان لم يكن عند الزوج ذهبت حيث شاءت والله أعلم

﴿ ماجاء في نفقة المطلقة ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن فاطمة بنت قيس ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب بالشام فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شئ فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدى عند عبد الله بن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده فاذا حللت فآذنيني قالت فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم بن هشام خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي أسامة بن زيد قالت فكرهته ثم قال انكحي أسامة بن زيد فنكحته فجعل الله في ذلك خيرا واغتبطت به ﴾ ش قوله ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة تريد آخر طلقة كانت بقيت له فيها وقد بين ذلك في رواية الزهري عن عبيد الله بن عبد الله ان أبا عمرو بن حفص أرسل امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها وقولها وهو غائب بالشام تريد غائبا عنها فأنفذ اليها طلاقها ثم ان وكيله أرسل اليها بشعير عن نفقتها فسخطته ولم ترض ذلك لما اعتقدت ان لها عليه النفقة فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها ليس لك نفقة وهذا بين في أن المطلقة المبتوتة غير الحامل لا نفقة لها خلافا لابي حنيفة والثوري في قولهما لكل مطلقة النفقة في العدة وان كانت مبتوتة حاملا والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس ليس لك نفقة ومن جهة المعنى انها بائن بالطلاق فلم تجب النفقة كغير المدخول بها (مسئلة) وان كانت حاملا فلها النفقة قال الله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وهذه رواية أبي سلمة بن عبد الرحمن وهي أصح من رواية أهل الكوفة الشعبي وغيره عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا نفقة لك ولا سكنى وانما هو تأويل ممن روى ذلك أو روى عنه على المعنى دون لفظ الحديث لما أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد في بيت أم شريك أو عبد الله بن أم مكتوم وأبو سلمة بن عبد الرحمن نقل كل واحد من الحكمين على وجهين والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم في أم شريك تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدى عند ابن أم مكتوم

﴿ماجاء في نفقة المطلقة﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ابن عوف عن فاطمة بنت قيس ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب بالشام فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شئ فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدى عند عبد الله بن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده فاذا حللت فآذنيني قالت فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم بن هشام خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي اسامة بن زيد قالت فكرهته ثم قال انكحي اسامة بن زيد فنكحته فجعل الله في ذلك خيرا واغتبطت به

يقتضي اختصاص هذه السكنى بمدة العدة وانها أمر لازم لها و بدل من الاعتداد في بيت زوجها وقد روي أن ذلك كان لبذاء في لسانها وقد قال سعيد بن المسيب لما سأله ميمون بن مهران عن المطلقة ثلاثا أين تعتد فقال في بيت زوجها فقال له ميمون فأين حديث فاطمة بنت قيس فقال له سعيد تلك امرأة فتنت الناس انها كانت لسنة قال القاضي أبو اسحق ان البذاء والشر العظيم بين المرأة وزوجها مما يقتضي اخراجها من مسكنه الى غيره وتعلق في ذلك بقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وهذا يقتضي أن من هذه الفاحشة المبيحة للخروج ما ليست بمبينة وليس كذلك الزنى في قول من قال ان الفاحشة الزنى لان أمر الزنى واحد اذا غابت الحشفة وجب الرجم والى هذا ذهب ابن عباس وقال الزنى الفاحشة كما يقولون أخرجت فرجمت وانما الفاحشة النشوز وسوء الخلق والله أعلم وقال القاضي أبو محمد اذا كثر مثل هذا من النشوز بينهما والأذى ولم يطمع في اصلاحه انتقلت المرأة الى مسكن غيره وقد روى ابن أبي الزناد عن عائشة رضي الله عنها في قصة فاطمة بنت أبي قيس انها كانت في مكان وحش فخيف على ناحيتها فلذلك ترخص لها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال القاضي أبو اسحق وهذا الذي رواه ابن أبي ذئب مما يبيح للمرأة اذا وقع أن تنتقل من ذلك الموضع الى غيره كما قيل في البدوية المعتدة انها تستوي مع أهلها حيث استووا في الجملة فان هذه الأقوال كلها تدل على أنه لا يباح لها الانتقال الا لعذر وان اختلفوا في تعيين العذر والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله رجل أعمى تضعين ثيابك عنده يقتضي انه يشق على المرأة القعود على حالة يباح للناس النظر اليها معها وانه لا يجوز لها الخروج عنها مع نظر الناس اليها والمكفوف الأعمى لا ينظر اليها فلا حرج في ترك ستر شعرها وغير ذلك مما لا يباح للرجل أن ينظر اليه من غير ذي محرم و يقتضي ذلك انه ليس على النساء حرج في النظر الى الرجل على غالب أحواله التي يكون عليها جالسا ومتصرفا بين الناس لأنه انما راعى صلى الله عليه وسلم ازالة الحرج عنها في التستر لكونه أعمى وكانت هي بصيرة ولم ينكر نظرها اليه وقد روى نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة كنت أنا وميمونة جالستين عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذن عليه ابن أم مكتوم الاعمى فقال احتجبا منه فقلنا يا رسول الله أليس بأعمى لا يبصرنا فقال أفعمياوان أنتما غير ان نبهان مولى أم سلمة غير معروف ولم يرو عنه غير هذا الحديث وحديث آخر وحديث فاطمة صحيح و روى عنه حديث آخر منكر أيضا وروى عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم في المكاتب اذا كان عنده ما يؤديه في كتابته احتجبت منه سيدته وعلى انه قد قال أبو داود السجستاني حديث نبهان خاص لأزواج النبي صلى الله عليه وسلم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت قيس اعتدي عند ابن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده والأظهر عندي أن الحديث غير ثابت ويحتمل أن يكون ذلك للضرورة مع كونه ممنوعا مع عدمها ويحتمل أن يكون ذلك لأن الرجل له عورة مخصوصة فاذا سترها لم يحرم النظر اليه وجميع المرأة عورة الا وجهها وكفيها فاذا كشفت بعض ذلك ولم يكن ثم من ينظر اليها جاز لها ذلك ولم يجز في موضع يكون فيه من ينظر اليها لأنه ناظر الى عورة منها والوجه والكفان وان قلنا ليسا بعورة منها فانه لا يجوز لأجنبي النظر اليهما الا على وجه مخصوص فحكم المنع متعلق بها والاباحة مختصة بها في حكم الأجنبي فذلك منها كجميع جسد الرجل خلا ما يوصف بالعورة منه على وجه التغليظ والتخفيف فيجوز للمرأة أن تنظر اليه على وجه ما وأما قوله تعالى قل للمؤمنات يغضضن من

أبصارهن ويحفظن فروجهن فيحتمل أن يريد به غض أبصارهن عن العورات ويحتمل أن يريد به غض أبصارهن عن النظر على وجه مخصوص من الالتذاذ بالنظر الى الأجنبي والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فاذا حللت فآذنيني يريد اذا انقضت عدتك فأعلميني قال ابن وضاح فيه التعريض بالخطبة في العدة فلما انقضت عدتها أعلمته ان معاوية بن أبي سفيان وأباجهم ابن هشام خطباها وهو أبوجهم بن حذيفة بن غانم العدوى وأبوجهم بن هشام انفرد به يحيى بن يحيى وهو وهم والله أعلم ويحتمل أن يكون ذلك عند انقضاء عدتها وقوله صلى الله عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه يحتمل أن يريد أن فيه شدة على النساء وكثرة تأديب وهذا اللفظ وان كان لابد أن يضع عصاه عن عاتقه وقت نومه وأكله فصحيح على مقاصد العرب في كلامها لأنه لم يرد بذلك الا المبالغة في وصفه بما هو عليه من ذلك

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وأما معاوية فصعلوك لا مال له وراعى في ذلك حاجة النساء الى المال يكون عند الزوج لما لهن عليه من النفقة والكسوة وغير ذلك ويحتمل أن تكون أوردت ذلك على سبيل المشورة وتفويض الاختيار اليه فنصحها وذكر لها ما علم من حال كل واحد منهما مما تحتاج هي الى معرفته لتعلق ذلك بمنافعها ومضارها وفعل ذلك النبي صلى الله عليه وسلم لما يجب عليه من النصح للنساء والرجال وأهل الحاجة والضعف قال ابن وضاح في قوله صلى الله عليه وسلم انكحي أسامة بن زيد فيه انكاح الموالى القرشيات لأن فاطمة بنت قيس قرشية وأسامة بن زيد مولى وجاز له ذلك ولم يره من الخطبة على الخطبة لما لم يوجد ركون الى واحد منهما ولا تسمية صداق يدل على انها لم تركن الى احداهما انها انما ذكرت ان معاوية وأباجهم خطباها ولم تذكر ركونا الى أحدهما ولو كان منها ركون الى أحدهما لذكرته دون الآخر وهذه حالة تجوز فيها الخطبة على خطبة غيره فخطبها لأسامة بن زيد

(فصل) وقولها فكرهته تريد انها كرهت نكاحه لمعنى من المعانى ولعلها كرهت ذلك لكونه من الموالى وكانت العرب تكره ذلك وتترفع عنه فأعاد عليها النبي صلى الله عليه وسلم أن تنكح أسامة بن زيد لما علم في ذلك من المصلحة لها ولما أراد أن يبين من جواز انكاح القرشيات الموالى قالت فنكحته فجعل الله في ذلك خيرا كثيرا واغتبطت به تريد انها عرفت حسن العاقبة في اتباع رأى النبي صلى الله عليه وسلم ونكاحها أسامة بن زيد وان كانت كرهته أولا وقد قال الله تعالى فعسى أن تكرهوا شيأ ويجعل الله فيه خيرا كثيرا ص ﴿ مالك انه سمع ابن شهاب يقول المبتوتة لاتخرج من بيتها حتى تحل وليست لها نفقة الا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها قال مالك وهذا الامر عندنا ﴾ ش قوله المبتوتة لاتخرج من بيتها حتى تحل على ماقدمناه من وجوب السكنى لها وقد قال تعالى واتقوا الله ربكم لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وقال بعض شيوخنا ان ذلك في الرجعية لقوله تعالى في آخر الآية لاتدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا وأن قوله أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم في البائنات لقوله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وذلك انه خصص النفقة عليهن بالحمل والرجعيات لهن النفقة وان لم يكن حوامل والله أعلم وأحكم

* وحدثني عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول المبتوتة لاتخرج من بيتها حتى تحل وليست لها نفقة الا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها قال مالك وهذا الأمر عندنا

﴿ ماجاء فى عدة الأمة من طلاق زوجها ﴾

ص ﴿ قال مالك الامر عندنا فى طلاق العبد الامة اذا طلقها وهى أمة ثم عتقت بعد فعدتها عدة الامة لا يغير عدتها عتقها كانت له عليها رجعة أو لم تكن له عليها رجعة لا تنتقل عدتها * قال مالك ومثل ذلك الحد يقع على العبد ثم يعتق بعد أن يقع عليه الحد فانما حده حد عبد ﴾ ش وهذا على ما قال ان عتق الامة فى العدة لا يغير عدتها وسواء كان طلاقا بائنا أو رجعيا فانها تتمادى على عدة الامة وذلك انما يراعى فى عدتها وقت وجوبها وقوع الطلاق عليها فلا يغير حكمها ما طرأ بعد ذلك عليها كالحد يجب عليها من زنا أو قذف أو شرب خمر يجب عليها وهى أمة ثم تعتق فانها لا يغير عتقها ما وجب عليها من الحد ولا يستوفى منها الا حد الأمة وفرق بين ذلك و بين الأمة يطلقها زوجها طلاقا رجعيا ثم تعتق فى العدة ثم يموت زوجها فانها تنتقل الى عدة الوفاة عدة الحرة ولو كان طلاقا بائنا لم تنتقل الى عدة وفاة والفرق بينهما ان عدة الوفاة تلزمها فى الطلاق الرجعى لانها حكم من أحكام الزوجية كالتوارث ولحوق الطلاق والظهار وغير ذلك وهى باقية بينهما فى الطلاق الرجعى دون البائن وانما وجبت عليها عدة الوفاة وهى حرة فتلزمها عدة الحرة وليس كذلك الأمة المطلقة فانه قد وجب عليها العدة بالطلاق ولم يجب عليها عدة بالعتق فلذلك لم تنتقل الى عدة الحرة والله أعلم وقال الشافعى تنتقل الى عدة الحرة اذا كان الطلاق رجعيا واختلف قول أبى حنيفة فى الطلاق البائن فقال لا تنتقل الى عدة الحرة وقال أيضا تنتقل وقال الطحاوى هو القياس والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما قدمناه (مسئلة) ولو مات عن الأمة زوجها ثم عتقت لم تنتقل الى عدة الحرة لان العدة لزمتها وهى أمة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى تنتقل فى الطلاق الرجعى والدليل على ما نقوله أن العدة يلزم تمامها على الصفة التى وجبت عليها ولا يؤثر ذلك فى عتقها ص ﴿ قال مالك والحر يطلق الأمة ثلاثا وتعتد بحيضتين والعبد يطلق الحرة تطليقتين وتعتد ثلاثة قروء ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان الحر فى الأمة له ثلاث تطليقات لان الطلاق والاعتداد بالاقراء يعتبر فيهما الرق والحرية فيعتبر الطلاق بحال الرجال لانه حكم من أحكامهم وتعتبر الاقراء بحال النساء لان الاقراء مختصة بهن موجودة فيهن وقال أبو حنيفة الطلاق معتبر بالنساء فتطلق الحرة ثلاث تطليقات وان كان زوجها عبدا وتطلق الأمة تطليقتين وان كان زوجها حرا وقد تقدم الكلام فى ذلك بما يغنى عن اعادته ص ﴿ قال مالك فى الرجل تكون تحته الأمة ثم يبتاعها فيعتقها انها تعتد عدة الأمة حيضتين ما لم يصبها فان أصابها بعد ملكه اياها قبل اعتاقها لم يكن عليها الا الاستبراء بحيضة ﴾ ش قوله تكون عنده الأمة ثم يبتاعها قد تقدم ان ملك اليمين يوجب فسخ النكاح لانه أقوى لاشتماله على الرقبة والمنافع فمن اشترى زوجته فقد انفسخ النكاح وحلت له بملك اليمين فان اشتراها قبل أن يدخل بها ثم أعتقها فهذه لا عدة عليها لان الفرقة وقعت قبل البناء ولكنه اذا أعتقها تستبرأ بحيضة لان عقد ملك اليمين يبطل عقد النكاح واذا بطل لم يبق لعقد النكاح حكم فى العدة لعدم البناء والله أعلم (مسئلة) فان اشتراها بعد ان دخل بها فاعتقها قبل أن يمسها اعتدت عدة الامة قرأين على حسب ما وجبت عليها العدة حين الفسخ ولا تتغير عدتها بعتقها هذا قول مالك وأصحابه وقال الكوفيون تعتد بثلاثة أقراء وقد تقدم الكلام فيه

(فصل) وقوله فان أصابها بعد الملك وقبل العتق فليس عليها الا الاستبراء وذلك ان عقد الملك يهدم

﴿ ماجاء فى عدة الأمة من طلاق زوجها ﴾

* قال مالك الأمر عندنا فى طلاق العبد الأمة اذا طلقها وهى أمة ثم عتقت بعد فعدتها عدة الأمة لا يغير عدتها عتقها كانت له عليها رجعة أو لم تكن له عليها رجعة لا تنتقل عدتها * قال مالك ومثل ذلك الحد يقع على العبد ثم يعتق بعد أن يقع عليه الحد فانما حده حد عبد * قال مالك والحر يطلق الأمة ثلاثا وتعتد بحيضتين والعبد يطلق الحرة تطليقتين وتعتد ثلاثة قروء * قال مالك فى الرجل تكون تحته الأمة ثم يبتاعها فيعتقها انها تعتد عدة الأمة حيضتين ما لم يصبها فان أصابها بعد ملكه اياها قبل اعتاقها لم يكن عليها الا الاستبراء بحيضة

حكم عقد النكاح ووطء الملك يهدم حكم الوطء بالنكاح فيكون بمنزلة من أعتق أمة وطئها فليس عليها الا أن تستبرئ بحيضة أو مايقوم مقامها من الشهور والله أعلم (مسئلة) ولو طلقها واحدة فاشتراها قبل أن تنقضي عدتها ثم أعتقها فقد قال مالك ولو باعها كان على المشتري أن يستبرئها بحيضتين لانها عدة يريد انه باعها أو أعتقها قبل أن يمسها بملك اليمين وانما يستبرئها بحيضتين اذا كان بيعه اياها قبل أن تحيض حيضة بعد طلاقه اياها ولو كانت قد حاضت حيضة واحدة قاله مالك ولهذه الحيضة حكم العدة لان بها تتم عدتها والله أعلم (مسئلة) ولو اشتراها بعد ان انقضت عدتها منه ثم باعها فان المشتري لا يستبرئها الا بحيضة لانه لا يلزمها عدة وعدة الطلاق قد انقضت واستبراء الاماء انما يكون بحيضة خرجت الى ملك أو حرية والله أعلم (مسئلة) ولو اشترى مكاتب زوجته فعجز فرجع رقيقا فأخذها السيد فان مالكا قال ان المكاتب لم يطأها بعد ان اشتراها فعدتها حيضة ثم رجع فقال أحب الى أن تكون حيضتين قال وتعتد لان كل فسخ يكون في النكاح ففيه مثل عدة الطلاق ولو وطئها المكاتب بعد ما اشتراها لصارت الى الاستبراء وبطلت عدة النكاح لانها وطئت بملك اليمين (مسئلة) وهذا اذا كانت ممن تعتد بالاقراء فان كانت ممن تعتد بالشهور لصغر أو كبر فعدتها من الطلاق ثلاثة أشهر هذا قول مالك وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة وجمهور أهل المدينة وعمر بن عبد العزيز والحسن البصري والنخعي وقال أبو حنيفة والشافعي عدتها شهر ونصف وقال الزهري وعطاء عدتها شهران والدليل على مانقوله ان الأشهر بدل من الاقراء فلم تختلف بكثرة الاقراء وقلتها كالتيمم الذي هو بدل من الغسل والوضوء فلم يختلف في الطهارة الكبرى والصغرى

﴿ جامع عدة الطلاق ﴾

﴿ جامع عدة الطلاق ﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد وعن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فانها تنتظر تسعة أشهر فان بان بها حمل فذلك والا اعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد وعن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فانها تنتظر تسعة أشهر فان بان بها حمل فذلك والا اعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت ﴾ ش وقوله في التي تحيض في عدتها ثم ترفعها حيضتها تنتظر تسعة أشهر هو قول عامة أصحابنا على الاطلاق غير ابن نافع فانه قال ان كانت ممن تحيض فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فانها تنتظر خمس سنين أقصى أمد الحمل وان كانت يائسة من المحيض اعتدت بالسنة تسعة أشهر ثم ثلاثة أشهر قال سحنون وأصحابنا لا يفرقون بينهما وما قاله الجمهور أولى لان التسعة أشهر هي أمد الحمل المعتاد (مسئلة) المعتدة من الطلاق على ضربين حائض وغير حائض فأما الحائض فهي التي قد رأت الحيض ولو مرة في عمرها ثم لم تبلغ سن اليأس منها فهذه اذا طلقت فحكمها أن تعتد بالاقراء فان لم ترحيضا انتظرت تسعة أشهر وهذا مذهب عمر وبه قال ابن عباس والحسن البصري وقال أبو حنيفة والشافعي تنتظر الحيض أبدا والدليل على مانقوله ان هذا اجماع الصحابة لانه روى عن عمر وابن عباس وليس في الصحابة مخالف ومن جهة المعنى ان التسعة الأشهر مدة الحمل المعتاد فالغالب أن يظهر بها حمل ان كان بها أو تتحقق المرأة علاماته وتحس به فاذا سلمت من ذلك كله فالظاهر سلامتها من الحمل اذا لم توجد منها ريبة غير ارتفاع الحيض وقد يرتفع كثيرا من غير حمل فلا يدل ارتفاعه على الحمل فاذا انقضت التسعة ولا تحس شيأ اعتدت بثلاثة أشهر قال مالك وأصحابه وأكثره من قول أشهب لان لها حينئذ حكم اليائسة من المحيض ومعنى ذلك انه لما وقع التربص بالتسعة أشهر وعدم

الحيض والحل حكم لما يحكم من تعتد بالشهور فصار ذلك حكما كاليائسة لما ارتفع حيضها وصارت ممن لا تحيض تعتد بثلاثة أشهر الا أن اليائسة لما كانت علامة اليأس ظاهرة من السن وغيره لم يحتج الى اعتبار تسعة أشهر وهذه لما كان حكمها الحيض كان ارتفاعها ريبة لم تنتقل عنه الا بعد الاستبراء والاستقصاء والله أعلم (مسئلة) واذا حلت المرتابة بالسنة ثم تزوجت ثم طلقت فقد روى ابن المواز عن مالك وأصحابه قال وأكثرهم شيوخ أشهب ان عدتها ثلاثة أشهر فى الطلاق حرة كانت أو أمة لانها اعتدت بالشهور ومدة فصار لها حكم اليائسة الا أن يعاودها الحيض ولو مرة فترجع الى الحيض ان تمادى بها أو الاستبراء أو العدة ان انقطع عنها (مسئلة) فان كانت ممن لا تحيض فلا يخلو أن تكون ممن لم تحض قبل وقد قال سحنون قول مالك وأصحابه ان عدة التى لم تبلغ حد المحيض والتى بلغته ولم تحض وان بلغت ثلاثين سنة أو أكثر ثلاثة أشهر وكذلك عدة اليائسة من المحيض وهى التى بلغت سنا كل من بلغته من النساء لم تحض قال بعض أصحاب مالك ولا تنتقص منه الأمة ووجه ذلك أن الله تعالى قال واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن قال مالك ان ارتبتم فعدتهن وقد أنكر ذلك بعض الناس وقالوا لو أراد ذلك لقال أن ارتبتم بالفتح لان الارتياب ماض وانما تتعلق ان المكسورة بالاستقبال والارتياب قد عدم بتعدد وجود النص وهذا الذى قاله ليس بصحيح لان الارتياب لمن لا يعلم حكم الآية أو لمن لا يقرؤها ثابت الى يوم القيامة وقد قال بعض أصحابنا ان معنى ان ارتبتم اذا ارتبتم ويحتمل أن يريد بذلك أن ارتبتم فى التأويل على ان العرب تستعمل هذا اللفظ على معنى التنبيه على الدليل فتقول ان ارتبت فى كذا مع ظهوره ووضوحه فيجب أن يمنعك من الارتياب أمر كذا قال الله تعالى فان كنت فى شك مما أنزلنا اليك فاسأل الذين يقرؤن الكتاب من قبلك ومعنى ذلك نفى الشك والارتياب عن مثل هذا لوضوحه وظهور أدلته ووجه آخر وهو أن يكون ان ارتبتم الآن فانه يجب أن يقطع الارتياب هذا النص وهذا اللفظ يستعمل بمعنى الحال ولذلك يقول ان شئت لان فعلت كذا وقد يستعمل بمعنى المضى فتقول ان كنت تشك فى كذا فحكمه كذا وهذا بين واضح والأول أظهر ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه كان يقول الطلاق للرجال والعدة للنساء * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال عدة المستحاضة سنة ﴾ ش قوله رضى الله عنه عدة المستحاضة سنة يريد انها تقيم سنة وقد روى ابن المواز عن مالك انه قال عدة المستحاضة فى الطلاق سنة كالمرتابة تسعة أشهر استبراء وثلاثة أشهر عدة حرة كانت أو أمة أو كتابية فعلى هذا يتناول قول سعيد فى ان التسعة الاشهر استبراء والثلاثة الأشهر عدة ولذلك استوى فيها حكم الحرة والأمة لان العدة بالأشهر لا يختلفان فيها لانها بدل من الحيض الذى يختلفان فيه على ما تقدم والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا كانت الحائض لا تميز دما واتصل ذلك بها فى جميع العام فان تغير حكمها فلا يخلو أن تنتقل الى حيض أو الى انقطاع دم فان انتقلت الى حيض بطل حكم الاستحاضة فاعتدت بالاقراء قاله مالك فى الموازية ووجه ذلك انه نوع من الريبة لان المستحاضة لا قرء لها تبرأ به فكانت مرتابة كالتى لا ترى الدم فاذا شرعت فى عدة المرتابة ثم رأت الحيض انتقلت عن حكم الارتياب الى العدة بالاقراء (فرع) وانما يعرف الحيض بان ينقطع عنها الدم ثم تستقبل الحيض فاما مع اتصال الدم بان ترى دما لا تشك فيه انه دم حيض للونه ولذاعته فقد قال أصبغ اذا رأت دما لا تشك انه دم حيض تركت الصلاة فيه وان طلقها أجبره على الارتجاع وتغتسل بانقطاع هذا الدم الجديد ولا تعتد به من طلاق وعدتها السنة

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد ابن المسيب انه كان يقول الطلاق للرجال والعدة للنساء * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال عدة المستحاضة سنة

وكذلك ان رأت كثرته فقد قال مالك فى الموازية ربما عرفت اقبال الحيض بكثرة الدم وادباره بقلته ولكن عدتها سنة لانها لاتؤمن ان ذلك كذلك ومعنى ذلك انها تحقق انه دم حيض بالكثرة والقلة والله أعلم (مسئلة) فاذا طلقت مستحاضة فانقطع عنها الدم ثم رأت بعده طهرا كاملا ثم حيضها فانها تنتقل الى حكم الاقراء وان كانت مستحاضة ستة أشهر ثم انقطع عنها الدم ستة أشهر قال أصبغ قد حلت وكذلك لو لم تر دما من يوم الطلاق ستة أشهر ثم استحاضت فبتمام السنة من يوم الطلاق تحل الا أن تحس حركة فتقيم الى أن تنفس أو تضع أو تنقضى مدة الحمل ومعنى ذلك والله أعلم انه لما كانت الاستحاضة ريبة وارتفاع الحيض ريبة لفق منهما العام الذى هو مدة اعتداد المرتابة وهذا فى تقدم الاستحاضة فاما فى تأخرها ففيه نظر وذلك ان الاستحاضة لاتكون الا بعد حيض فاذا وجد الحيض بطل حكم الريبة بارتفاع الحيض واعتدت بالاقراء فلا يجوز أن يضاف مابعد الحيض من الاستحاضة الى ماقبله من الشهور كما لا يضاف مابعد الحيض من الشهور الى ماقبله والله أعلم وقال ابن القاسم تستأنف المستحاضة التى ينقطع عنها الدم سنة من يوم انقطعت الاستحاضة ووجه ذلك ان الاستحاضة ليست من جنس انقطاع الدم فلا يلفق بعض ذلك الى بعض ولان عدة المسترابة يجب أن تكون من جنس ماترتفع به ريبتها فاذا زالت ريبتها بالاستحاضة تسعة أشهر ثم انقطع عنها الدم لم يصلح أن تكون عدتها بارتفاع الدم لانه من غير جنس مازالت به ريبتها وهذه ريبة أخرى طارئة فيجب أن تقيم تسعة أشهر ليتبين معنى هذه الريبة ثم تعتد عدة من جنسها والله أعلم ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا فى المطلقة التى ترفعها حيضتها حين يطلقها زوجها انها تنتظر تسعة أشهر فان لم تحض فيهن اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت قبل أن تستكمل الأشهر الثلاثة استقبلت الحيض فان مرت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثانية قبل أن تستكمل الأشهر الثلاثة استقبلت الحيض وان مرت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثالثة كانت قد استكملت عدة الحيض فان لم تحض استقبلت ثلاثة أشهر ثم حلت ولزوجها عليها فى ذلك الرجعة قبل أن تحل الا أن يكون قد بت طلاقها ﴾ ش قوله فى المطلقة ترفعها حيضتها يريد أن تنقطع عنها فلا ترى دم حيض فان حكمها أن تقعد تسعة أشهر استبراء لما طرأ عليها من الريبة بارتفاع الحيض فان لم تحض فيها اعتدت بعدها ثلاثة أشهر لانها قد فارقت حكم المحيض فاعتدت بالشهور كاليائسة من المحيض ولا يجوز أن يراد بقول عمر من بلغت سن اليأس لانه عام فيحمل على عمومه وأيضا فان قال فان بان بها حمل والا اعتدت ثلاثة أشهر وهذا لا يكون فى اليائسة من المحيض لان اليائسة من المحيض لا تحمل

(فصل) فان حاضت قبل التسعة أشهر أو بعد انقضائها وقبل الثلاثة الأشهر بطل حكم الشهور واستأنفت الاعتداد بالاقراء فان جرت اقراؤها على العادة انقضت عدتها بثلاثة اقراء وان ارتفعت حيضتها بعد تلك الحيضة الاولى فان اتصلت لها بتسعة أشهر من يوم طهرت منها لم تر فيها دم حيض ألغت ماتقدم من عدتها بالحيضة والأشهر التى تقدمتها واستأنفت الاستبراء من يوم طهرها من تلك الحيضة فاذا كملت مدة الاستبراء اعتدت بثلاثة أشهر ثم ان رأت حيضة ثانية قبل انقضاء العدة بالشهور ألغت ذلك كله واعتدت بهذه الحيضة وبالحيضة الاولى حيضتين من عدتها ثم ان ارتفعت حيضتها الثالثة استأنفت الاستبراء بتسعة أشهر من يوم طهرت من الحيضة الثانية فان لم تر فى مدة الاستبراء حيضا اعتدت بعدها بثلاثة أشهر فتلغى الحيض وان تخللته الريبة ولا تلفق مدة الاستبراء بل تلغى كل

قال مالك الأمر عندنا فى المطلقة التى ترفعها حيضتها حين يطلقها زوجها انها تنتظر تسعة أشهر فان لم تحض فيهن اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت قبل أن تستكمل الاشهر الثلاثة استقبلت الحيض فان مرت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثانية قبل أن تستكمل الاشهر الثلاثة استقبلت الحيض وان مرت بها تسعه أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثالثة كانت قد استكملت عدة الحيض فان لم تحض استقبلت ثلاثة أشهر ثم حلت ولزوجها عليها فى ذلك الرجعه قبل أن تحل الا أن يكون قد بت طلاقها

ماتقدم منها اذا كان بعدها حيض لانه استبراء تجدد لريبة مجردة فلذلك لايصح فيه التلفيق والحيض ليس بريبة بل ينفي الريبة فلذلك لفق بعضه الى بعض (فرع) وهذا اذا كان الحيض فان رأت الدم يوماً أو يومين أوما لا يكون حيضا فقد قال أصبغ فى المطلقة تستراب فترى فى السنة دما أو مالا يكون حيضا انتظرت سنة من يوم الطلاق يعني ان ذلك الدم لايعتد به ولا يهدم ماتقدم من الاستبراء لان مالا يعتد به لا يهدم الاستبراء ولا يبطل حكمه

(فصل) وقوله ولزوجها عليها فى ذلك الرجعة قبل أن تحل يريد ان فى طول مدد الاستبراء والعدد والحيض له الرجعة وأن يكون ذلك لايقطع ما كان له من الرجعة ولاينقطع ذلك الابان تحل للأزواج ويحكم بانقضاء عدتها الا أن يكون طلاقها باتا فلا تكون له الرجعة لان البت ينافي الرجعة

ص ﴿ قال مالك السنة عندنا أن الرجل اذا طلق امرأته وله عليها رجعة فاعتدت بعض عدتها ثم ارتجعها ثم فارقها قبل أن يمسها انها لاتبنى على مامضى من عدتها وانها تستأنف من يوم طلاقها عدة مستقبلة وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ أن كان ارتجعها ولا حاجة له بها ﴾ ش قوله فيمن طلق امرأته ثم ارتجع ثم فارق قبل أن يمسها انها تستأنف العدة ولاتبنى على مامضى يريد أن الرجعة تهدم العدة لان حكم الزوجية ينافي حكم العدة فاذا ثبتت الرجعة بطلت العدة فاذا وقع بعد ذلك طلاق استأنفت العدة لانها مدخول بها لم يستبرأ رحمها بانقضاء عدتها فلزمت العدة ولم يصح البناء على ماتقدم لما قدمناه من ابطال الرجعة العدة فلزم ابتداء العدة من يوم الطلاق الثاني

(فصل) وقوله وقد ظلم نفسه وأخطأ أن كان ارتجعها ولا حاجة له بها يريد انه زال ملكه عن طلاق غنياء عن ازالته ورجاء ورة بما دعته الضرورة بعد وقت اليه وأخطأ حين ارتجع من لا حاجة له بها لان مقصود الرجعة الجماع مع ماحصل فى ذلك من تطويل العدة عليها وظلم المرأة بذلك مع عدم انتفاعه به ويحتمل أن يريد به قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف وهو الامساك على وجه الزوجية ومقصودها وقوله أوسرحوهن بمعروف يريد والله أعلم طلاق السنة ثم قال تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا يريد والله أعلم أن يرتجعها ولا حاجة له بها ثم قال تعالى ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه والرجعة تكون على وجهين أحدهما أن يطلقها طلقة أو طلقتين ثم لا يرتجعها حتى تنقضي عدتها ثم يتزوجها أو يطلقها ثلاثا ثم تتزوج زوجا غيره فيطلقها الزوج الثاني ثم يتزوجها الاول فان ذلك يسمى ارتجاعا قال الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا ان ظنا أن يقيما حدود الله فسمى تزويجها بعد زوج ارتجاعا والثاني من وجهين الرجعة هو المستعمل عند الفقهاء وهو أن يطلقها طلقة أو طلقتين ثم يرتجعها قبل انقضاء عدتها من غير اعتبار رضاها ولا رضا وليها ولا صداق لها لانه أملك بها مادامت فى عدتها (مسئلة) وهذا الارتجاع الاصل فيه قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك وقوله تعالى فامساك بمعروف الامساك الرجعة وقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ولا خلاف فى صحة وقوعه بالقول فأما بالفعل نحو الجماع أو القبلة قال القاضي أبو محمد يصح بها وبسائر الاستمتاع للذة قال ابن المواز ومثل الجسة اللذة أو ينظر الى فرجها وماقارب ذلك من محاسنها اذا أراد بذلك الرجعة خلافا للشافعي فى قوله لاتصح الرجعة الا بالقول والدليل على مانقوله ان هذه مدة تتعلق بقول الزوج له رفعها من غير عقد فوجب أن يصح رفعها من غير قول بالوطء كمدة الايلاء (مسئلة) ولا يكون بشئ من ذلك

قال مالك السنه عندنا ان الرجل اذا طلق امرأته وله عليها رجعة فاعتدت بعض عدتها ثم ارتجعها ثم فارقها قبل أن يمسها انها لاتبنى على مامضى من عدتها وانها تستأنف من يوم طلقها عدة مستقبلة وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ ان كان ارتجعها ولا حاجة له بها

رجعة الا اذا نوى بها الرجعة خلافا لابى حنيفة فى قوله تكون رجعة بمجرده والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم انما الأعمال بالنيات وانما لامرئ ما نوى ومن جهة المعنى انه معنى يصح للوطء فلم يصح الا مع النية والعقد كالتلفظ بعقد النكاح والرجعة (فرع) فان وطئ فى العدة لا ينوى الرجعة فله أن يراجع فى العدة ولا يطأ حتى يستبرئها من ذلك الماء قاله مالك قال ابن القاسم فان انقضت عدتها لم ينكحها ولا غيره فى بقية أمد الاستبراء فان فعل فسخ نكاحه ولا يتأبد تحريمها عليه كما يتأبد بتحريمها على غيره لان الماء ماؤه (فرع) ولا صداق عليه ان وطئ فى العدة لا يريد الرجعة خلافا للشافعى لانه لو ارتجعها لم يكن عليه مهر فلا يكون الوطء دون الرجعة أولى بالمهر من الرجعة (مسئلة) ولا تقع الرجعة بمجرد النية دون فعل ولا قول رواه ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب فان نوى به الرجعة ثم فعل بعد ذلك فى العدة شيأ مما ذكرناه من الاستمتاع قال محمد بن المواز ان كان فعل ذلك بما كان نوى من الرجعة ولم يجدد نية فهى رجعة لان فعله ذلك لرجعته التى كان نواها مثل تجديد النية فذلك يجزئه (مسئلة) فان أشهد فى العدة انه وطئ أو استمتع ثم قال بعد انقضاء العدة نويت بذلك الاستمتاع الرجعة فقد روى ابن المواز عن أشهب انه اذا أقر فى العدة انه وطئ أو قبل أو باشر ثم ادعى بعد العدة انه أراد بذلك الرجعة فهو مصدق ولو أقر فى العدة انه خلا بها ثم ادعى بعد العدة الرجعة بذلك لم يكن ذلك رجعة حتى يكون مقامه عندها ودخوله وخروجه معروفا بغير اقراره فيصدق فيما يدعى من أنه ارتجع فى العدة ففرق بين اقراره بالخلوة واقراره بالوطء أن الخلوة لا تكون رجعة وان نوى بها الرجعة والوطء مع نية الرجعة يكون رجعة فلذلك افترقا والله أعلم (مسئلة) ومن قال لغير مدخول بها ان وطئتك فأنت طالق فوطئها روى ابن سحنون عن أبيه هى طالق باليمين وله الرجعة ان نوى ببقية وطئه الرجعة فهى رجعة والا لم يحل له التمادى على الوطء خلافا لأبى حنيفة لانها جارية الى بينونة كالكتابية اذا أسلمت بعد بناء زوجها بها ولان هذا مبنى على أنه لا يكون له رجعة اذا عرا من النية واذا لم تكن رجعة كان ممنوعا والا كانت غير مطلقة وتتضمن هذه المسئلة فصلا آخر وهو ان ابتداء الوطء مباح له وهو مقدار ما يقع به الحنث (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالمطلقة اذا لم يكن فى منزلها الا بيت واحد أخرج عنها الزوج ولا يكون معها فى حجرة تنغلق عليه وعليها والمبتوتة والرجعية فى ذلك سواء قاله مالك فى المدونة ومعنى ذلك ان المساواة بين الطلقتين بين لما قدمناه وهذا مبنى على القول الذى رجع اليه مالك قال ولو كانت دارا جامعة فلا بأس أن يكون هو فى بيت وهى فى بيت آخر ومعنى ذلك أن تكون الدار الجامعة يسكنها جماعة كل واحد منهم ينفرد بمسكنه فلا بأس أن يسكن الزوج فى مسكن ينفرد به كما تنفرد الزوجة بمسكنها وهذا حكم الأجنبى والله أعلم (مسئلة) والرجعة انما تكون فى المطلقة المدخول بها فأما غير المدخول بها فلا رجعة له عليها وهذا اذا تصادقا على الاصابة فان ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر فقد تقدم ذكر ذلك ولو اتفقا على انكار الوطء فعليها العدة ولا رجعة له عليها لانهما لا يصدقان على نفى النسب واسقاط حق من حقوق الله فى العدة (مسئلة) فان دخل بها فى حال حيضها فلما طهرت طلقها لا رجعة له عليها رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية ووجه ذلك ان الوطء ممنوع حال الحيض فلا يصدق فيما يدعيه من ذلك بعد الطلاق لاحراز الرجعة (مسئلة) واذا راجع المطلقة فاجابته قد أسقطت مضغة قال مالك هى مصدقة ووجه ذلك انها مؤتمنة وذلك يقتضى تصديقها فيما يمكن اذا راجعها عند قوله أو عند بلوغ ذلك اليها فان قال لها ذلك اليوم فقالت من الغد قد كنت

أسقطت مضغة فلا قول لها بخلاف جوابها فى الوقت ووجه ذلك ان بصمتها قد صدقته فثبتت لها الرجعة فليس لها بعد ذلك أن تبطل ما قد صح له من الرجعة كصمت اليتيمة البكر فى النكاح يثبت عليها عقد النكاح فليس لها أن تبطله بعد ذلك بدعوى الكراهية وعدم الرضا (مسئلة) فان اجابته انى قد حضت ثلاث حيض قال أشهب تصدق فى الاولى ثم يحسب ما بقى للحيضتين فأشبه صدقت فيه بغير يمين وان لم يشبه ذلك ثبتت رجعته ووجه ذلك ان الحيضة الاولى يصح أن تحيضها اثر الطلاق وذلك اذا لم يتقدم من اقرارها قبل ذلك من قرب الحيضة التى قبلها ما يمنع ذلك فلذلك لم تحتج فى تصديقها فى الحيضة الاولى الى حساب واحتيج الى ذلك فى الحيضتين الباقيتين فان للحيض والطهر مقادير قدرها الشرع فينظر الى أقل ما يكون من ذلك صدقت فيه وان ادعت ما لا يصح فيه ذلك لم تصدق ولزمتها الرجعة والله أعلم ص ﴿ قال مالك والأمر عندنا ان المرأة اذا أسلمت وزوجها كافر ثم أسلم فهو أحق بها ما دامت فى عدتها فان انقضت عدتها فلا سبيل له عليها فان تزوجها بعد انقضاء عدتها لم يعد ذلك طلاقا فانما فسخها منه الاسلام بغير طلاق ﴾ ش وهذا على ما قال وذلك ان اسلامها لا يقع به الفسخ وانما يقع به منعه من الاستمتاع بها وانما يقع فسخ النكاح بانقضاء عدتها وهو على دينه لم ينتقل الى دين الاسلام ولو وقع فسخ النكاح باسلامها لم يكن أحق بها ان أسلم فى عدتها الا ان تقدم فسخ النكاح يوجب ذلك كالمرأة تشترى زوجها فانه يقع الفسخ بتعيين الشراء ثم ان أعتقته أو باعته قبل انقضاء عدتها لم يكن أملك بها ولا سبيل له اليها الا بنكاح جديد

﴿ ماجاء فى الحكمين ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه ان على بن أبى طالب قال فى الحكمين الذين قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا ان اليهما الفرقة بينهما والاجتماع * قال مالك وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم ان الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته فى الفرقة والاجتماع ﴾ ش قول على رضى الله عنه ذكر انه فى شأن عقيل بن أبى طالب وفاطمة بنت عتبة بن ربيعة بعث فى أمرهما عثمان بن عفان عبد الله بن عباس ومعاوية بن أبى سفيان فقال على بن أبى طالب رضى الله عنه للحكمين أتدريان ما عليكما ان رأيتما أن تجمعا جمعتما وان رأيتما أن تفرقا فرقتما والأصل فى بعثة الحكمين قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ذهب جمهور العلماء الى أن المخاطب بقوله وان خفتم شقاق بينهما الحكام والمراد بقوله ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما أنهما الحكمان ومن صفة الحكمين التى هى شرط فى صحة كونهما حكمين الاسلام والبلوغ والحرية والذكورة فان عدم شئ من ذلك لم يجز تحكيمهما برضا الزوجين ولا ببعثة السلطان قاله مالك وكذلك العدالة ولهما صفات أخر هى من صفة كمالهما أن يكونا من أهلهما وأن يكونا فقيهين فقد قال ابن القاسم ان جعل ذلك الزوجان وولياء اليتيمين الى من لا يجوز أن يكون حكما لم يجز لأن ذلك من باب الغرر

(فصل) وقوله فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها خطاب للحكام ويحتمل على مذهب مالك ان يكون خطابا للولى اليتيمين وذلك انه ليس لأحد أن يبعث الحكمين الا الحاكم أو الزوجان أو وليا الزوجين وان كانا محجورين وهذا معنى ما فى المدونة (مسئلة) ولو جعل الزوجان ذلك الى رجل

* قال مالك والأمر عندنا ان المرأة اذا أسلمت وزوجها كافر ثم أسلم فهو أحق بها ما دامت فى عدتها فان انقضت عدتها فلا سبيل له عليها وان تزوجها بعد انقضاء عدتها لم يعد ذلك طلاقا وانما فسخها منه الاسلام بغير طلاق

﴿ ماجاء فى الحكمين ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه أن على بن أبى طالب قال فى الحكمين اللذين قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا أن اليهما الفرقة بينهما والاجتماع * قال مالك وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم أن الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته فى الفرقة والاجتماع

واحد جاز اذا كان من أهل الحكم قاله ابن القاسم في المدونة قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه
ووجه ذلك عندي أن يكون من جهة الزوجين لأن الحق في ذلك لا يخرج عنهما ولا يجوز للسلطان
ولا لولي اليتيمين لان في ذلك اسقاط الحق الزوجين ولا يجوز ذلك في جزاء الصيد لانه حق لله تعالى
ولم يأمر فيه الا بحكمين (مسئلة) وسبب تحكيم الحكمين أن يقبح ما بين الزوجين ويظهر
الشقاق بينهما قال القاضي أبو محمد اعلم ان كان ذلك من أحدهما أمر بازالته وان جهل ذلك بعث
الحاكم حكمين وسواء بنى بها الزوج أو لم يبن بها قاله ابن المواز لان التقابح قد يقع بينهما قبل البناء
(مسئلة) واذا نزع أحد الزوجين أو نزعا جميعا قبل حكم الحكمين فلا يخلو ان يبعث الحكمين
السلطان أو غيره فان بعثهما السلطان لم يكن لهما نزوع لان تحكيمهما حكم من السلطان فليس لهما
نقضه فان بعثهما غير السلطان جاز لهما النزوع ما لم يستوعبا الكشف عن أمرهما فلا نزوع لواحد
منهما ويلزم حكمهما قاله ابن المواز ووجه ذلك ما احتج به من أن رجلين لو حكما بينهما رجلا فلما
ظهر وجه الحق وعلم أحدهما أنه محكوم عليه أراد النزوع لم يكن له ذلك (مسئلة) وما يحكم به
الحكمان فعلى وجه الحكم لا على وجه الوكالة والنيابة فينفذ حكمهما وان خالف مذهب الحاكم الذى
أنفذ سواء جمعا أو فرقا وبه قال النخعي والشافعي وغيرهم خلافا لابى حنيفة وأحد قولي الشافعي انهما
ان جمعا جاز ذلك وان فرقا لم يلزم ذلك الزوج والدليل على ذلك قوله تعالى فابعثوا حكما من أهله وحكما
من أهلها فسماهما حكمين والحكم لا يحتاج فيما يوقعه من الطلاق الى اذن الزوج كالوالي (مسئلة)
ومن حكم الحكمين أن يكونا فقيهين ليعلما مواقع الحق ليحكما به ويكون أحدهما من أهله والثاني من
أهلها لان الاهل أعلم بباطن أمرهما وأعرف بوجوه منافعهما ويكونان عدلين ليؤمن جورهما فان
لم يكن من أهلهما من هذه صفته جاز أن يكونا أجنبيين والله أعلم (مسئلة) ووجه نظر الحكمين
أن ينظرا في أمرهما فان رأيا الاساءة من قبل الزوج فرقا بينهما وان رأيا الاساءة من قبل المرأة تركاهما
واستأمناه عليها وان كان من قبلهما جميعا فرقا بينهما على بعض ما أصدقها ولا يستوعب له وعنده
بعض العلم رواه ابن المواز عن أشهب قال محمد وهو معنى قوله فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح
عليهما فيما افتدت به (مسئلة) وان فرقا بينهما بطلقة بشيء أخذاه له منها فهو خلع والطلقة بائنة
وان كانت بغير عوض فهي أيضا طلقة بائنة قال أشهب اذا فرقا البتة فهي واحدة بائنة وان كانت طلقة
بغير عوض وانما قلنا انها واحدة بائنة لأنها فرقة أوقعها حكم من غير اختيار الزوج ولا تمليكه فكانت
بائنة كالفرقة بسبب العقد (مسئلة) وان حكما بالثلاث روى ابن حبيب عن مطرف ما أخطأ
فيه السلطان ففرق بثلاث فيما يفرق فيه بواحدة فقد أخطأ وتكون واحدة وكذلك الحكمان وقال
أشهب تلزمه واحدة بائنة وقال ابن القاسم تلزمه البتة وبه قال أصبغ والخلاف في ذلك مبني على
الخلاف في العبد تزوج بغير اذن سيده فيفرق السيد بينهما بثلاث تطليقات والأمة تعتق تحت العبد
فتختار نفسها بثلاث تطليقات هل تكون ثلاثا أو واحدة (مسئلة) وان حكم أحدهما بواحدة
والآخر بثلاث قال محمد هي واحدة وروى ابن حبيب عن أصبغ أن ذلك ليس بشيء ووجه قول
محمد انهما قد اتفقا على ايقاع واحدة فيجب أن يصح ويبطل ما اختلفا فيه وهو ما زاد على الواحدة
ووجه قول أصبغ ان حكم الواحدة غير حكم الثلاث فلا يوجد اتفاقهما على أحد الحكمين فيجب أن
يبطل ذلك كله (مسئلة) فان حكم أحدهما بطلقة على مال والآخر بواحدة بغير مال لم يكن ذلك
باجتماع منهما فان رضيت أن تمضي له ذلك مع المال لزم الزوج الطلاق قاله ابن القاسم في المدونة

ومعنى ذلك انهما قد اجتمعا على الطلقة وانما اختلفا فيما يأخذ الزوج من مال الزوجة فلا يلزم ذلك الزوجة الا برضاها فلا حجة للزوج (مسئلة) وسواء كان ذلك قبل البناء أو بعده فليس للحكمين أن يبطلا ما يرجع الى الزوج من نصف الصداق قبل البناء كما ليس لهما أن يفرقا بينهما على شئ يأخذانه للزوجة من الزوج ووجه ذلك ان الطلاق حق من حقوق الزوج فليس للحكمين أن يخرجاه عن يده على شئ يأخذانه منه فيكون العوضان من جهته وانما يجوز لهما أن يوقعاه لشئ يأخذانه له من مال الزوجة ليكون ما يأخذانه منها يصير الى الزوج عوضا عما أخرج عن ملكه من الطلاق

﴿ ماجاء في يمين الرجل بطلاق مالم ينكح ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وابن شهاب وسليمان بن يسار كانوا يقولون اذا حلف الرجل بطلاق امرأة قبل أن ينكحها ثم أثم ان ذلك لازم له اذا نكحها ﴾ ش قولهم فيمن حلف بطلاق امرأة قبل أن يتزوجها يريدون أن يقول ان تزوجتك فأنت طالق أو يقول ان تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق فيضيف الطلاق الى النكاح وأما اذا لم يضف الطلاق الى النكاح فانه لا يلزمه شئ وذلك مثل أن يقول لاجنبية أنت طالق ثم يتزوجها فتدخل الدار فهذه لا خلاف انه لا يلزمه شئ من ذلك قال ابن حبيب هذا مجمع عليه (مسئلة) وأما اذا أضاف الطلاق الى النكاح فالذى ذهب اليه مالك وأبو حنيفة ان ذلك يلزمه فى التعيين وقال الشافعى لا يلزمه شئ من ذلك وقد روى عن ابن وهب عن مالك انه أفتى رجلا حلف ان تزوجت فلانة فهى طالق انه لا شئ عليه ان تزوجها قاله ابن وهب ونزلت بالمخزومى فأفتاه مالك بذلك وليست هذه الرواية بالمشهورة والمشهور رواية أبى زيد عن ابن القاسم فى العتبية لا يفسخ ان وقع والدليل على ما نقوله انه أضاف الطلاق الى النكاح فوجب أن يلزمه كما لو تقدم عقد النكاح

(فصل) وقولهم ثم أثم ان ذلك لازم له اذا نكحها معناه والله أعلم ان ذلك لازم له ان كان قد نكحها وأما لو قال لها ان تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار ثم تزوجها لم يكن عليه شئ بدخولها قبل النكاح وانما يلحقه الطلاق بدخولها بعد عقد النكاح ص ﴿ مالك انه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول فيمن قال كل امرأة أنكحها فهى طالق انه اذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شئ عليه قال مالك وهذا أحسن ما سمعت ﴾ ش قوله فيمن حلف بطلاق من يتزوج ان لم يسم قبيلة أو يعين امرأة انه لا شئ عليه وهو مذهب مالك وبه قال النخعى والشعبى والاوزاعى لان مالكا يقول اذا سد على نفسه باب الاستمتاع لم يلزمه شئ واذا لم يسد على نفسه باب الاستمتاع لزمه ذلك وهو أن يقول ان تزوجت امرأة من بنى تميم أو من قريش أو يضيف ذلك الى بلد فيقول ان تزوجت امرأة من مصر أو تزوجت امرأة بالشام أو يضيف ذلك الى زمن لا يستوعب عمره أو أكثر مثل أن يقول ان تزوجت هذا العام أو هذه العشرة الأعوام فمثل هذا يلزمه لانه لم يسد على نفسه باب الاستمتاع وقال أبو حنيفة يلزمه ذلك على كل وجه وقد تقدم ذكره فى الأيمان والنذور (مسئلة) ولو قال كل امرأة أتزوجها الا فلانة فهى طالق فان كانت التى استثنى زوجته التى عنده فقد قال ابن القاسم يلزمه ذلك وكأنه قال معك بخلاف اذا لم تكن تحته وقال ابن المواز لا شئ عليه فى الوجهين

﴿ ماجاء فى يمين الرجل بطلاق مالم ينكح ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وابن شهاب وسليمان بن يسار كانوا يقولون اذا حلف الرجل بطلاق امرأة قبل أن ينكحها ثم أثم ان ذلك لازم له اذا نكحها * وحدثنى عن مالك انه بلغه ان عبد الله ابن مسعود كان يقول فيمن قال كل امرأة أنكحها فهى طالق انه اذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شئ عليه * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت

وروى نحوه عيسى عن ابن القاسم وجه الرواية الأولى انه اذا كانت التى استثنى زوجة له فقد حلف أن لا يتزوج عليها ولا خلاف أن ذلك لازم له ووجه القول الثانى انه لم يورده على هذا الوجه وانه انما أورده على وجه الامتناع من نكاح غيرها ولو لزمه ذلك للزمه اذا طلقها أن لا يتزوج غيرها وهذا يسد باب الاستمتاع فوجب أن لا يلزمه والله أعلم (فرع) وان كانت المرأة أجنبية فقد اختلف فيه مالك وأصحابه فروى عنه المصريون انه لا شئ عليه كمن عم وكذلك اذا استثنى العدد اليسير كالعشرة ونحوها أو قبيلة أو قرية وهم قليل وروى عيسى عن ابن القاسم انه لا يحد فى ذلك ولكنه اذا استثنى العدد القليل الذى ليس فيه سعة للنكاح فهو كمن عم والرواية الثانية رواية المدنيين روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن عبد الملك انه اذا قال الا فلانة لزمه ذلك وجه القول الأول ان المراعى فيه أن يترك ما يمكن فيه النكاح فاذا استثنى مالا يمكنه ذلك غالبا فهو كمن عم ووجه الرواية الثانية انه اذا استثنى فقد عدل عن الاستيعاب فوجب أن يلزمه ذلك كما لو استثنى الكثير (فرع) فاذا قلنا برواية اللزوم فقد قال ابن الماجشون يلزمه ذلك ولو كانت التى استثنى ذات زوج لانه يرجى له أن تخلو من الزوج فيتزوجها وكذلك لو تزوجها وطلقها البتة للزمته اليمين الا أن يتزوجها فى عدة فتحرم عليه تحريما مؤبدا وقال مطرف ان كانت ذات زوج أو تزوجها فأبتها لم تلزمه اليمين ولو طلقها طلقة أو طلقتين لزمته اليمين وجه القول الاول ما احتج به من أن اليمين تلزمه مالم ينقطع بتعذر النكاح والتى أبتها لا ينقطع بتعذره لجواز أن يتزوجها غيره ثم طلقها الزوج فتزوجها الحالف فهذا لا ينقطع بتعذر النكاح عليه فلزمت اليمين كما لو طلقها طلقة ووجه القول الثانى ان نكاحها لا يمكنه الآن فيعتبر بتعذر النكاح عليه حين يمينه والله أعلم (فرع) ومن قال كل ثيب أتزوجها فهى طالق ثم قال كل بكر أتزوجها طالق فروى عيسى عن ابن القاسم لا تلزمه الثانية وروى ابن وهب عن مالك تلزمه اليمينان وجه القول الأول ان اليمين الثانية تمنع الاستمتاع فوجب أن لا يلزمه ووجه القول الثانى ان اليمين الثانية لا تتناول المنع وانما تتناول صنفا من النساء وبقى الكثير فوجب أن يلزمه كالأول (مسئلة) ومن حلف أن لا يتزوج بالاسكندرية فلا يخلو أن ينويها وعملها أو ينويها خاصة أو لا ينوى شيأ فان نواها وعملها لزمه ذلك وان نواها خاصة ففى كتاب ابن حبيب فيمن حلف بطلاق من يتزوج بالاسكندرية ان نوى الحاضرة لزمه فيمن على مسافة الجمعة قال ابن كنانة وابن الماجشون وأصبغ قالوا وان لم ينو شيأ لزمه فى مسيرة يوم حتى يجاوز أربعين ميلا وأكثر حد ما تقصر فيه الصلاة وقد قال ابن القاسم استحسن أن يتباعد الى حيث لا تلزمه الجمعة قال أصبغ والقياس أن يتباعد الى حيث تقصر فيه الصلاة اذا خرج فى ظعنه ولا تتم فيه الصلاة اذا اقام والأول استحسان ولو تزوج فى الموضع الذى برز اليه لم تقصر حتى يجاوزه لم أفسخه روى ابن سحنون عن أبيه فى الحالف لا يتزوج من قرطبة لا يلزمه الا فى قرطبة وارباضها ولو قال بالقبر وان لم يلزمه الا فى المدينة نفسها ولو تزوج من منزل العلويين لم يلزمه شئ وجه القول الأول ان من حلف أن لا يتزوج من الاسكندرية فقد حلف أن لا يتزوج امرأة من موضع يقع عليه هذا الاسم وفى حكم ما يقع عليه فاذا لم ينو شيأ كان كل موضع لا تقصر اليه الصلاة من الاسكندرية له حكم الاسكندرية فى ذلك وقد قال أصبغ ان ذلك على وجه التحرى فمن تزوج من موضع مسافة الجمعة لم نفسخه ووجه قول سحنون ان الاسم انما يتناول المصر وارباضه كقوله تعالى لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام وانما يتناول هذا ما يكون مضافا الى القرية من الارباض المتصلة بها لان

الاسم يتناول جميعها (مسئلة) ومن حلف بطلاق من يتزوجها بالمدينة ففي العتبية عن ابن القاسم لا بأس أن يواعدها بالمدينة ويعقد نكاحها بغيرها ووجه ذلك ان المراعى انعقاد النكاح والنكاح انما انعقد بغير المدينة فلا حنث عليه (فرع) ومن حلف بطلاق من يتزوجها من أهل مصر فتزوج امرأة أبوها مصري وأمها شامية قال ابن أبي حازم يحنث والولد تابع للأب دون الأم وبالله التوفيق (مسئلة) ومن قال كل امرأة أتزوجها حياتي طالق لم يلزمه شيء ولو ضرب لذلك أجلا فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن قال كل امرأة أتزوجها الى عشر سنين أو عشرين سنة طالق ان كان مما يشبه أن يعيش الى مثل ذلك لزمه والا لم يلزمه والتعمير في ذلك تسعون عاما وقال ابن المواز قال ابن القاسم العشرون سنة كثير يتزوج وقال أصبغ بعد تصبر وتعفف وقال أشهب وابن وهب لا يتزوج وان خاف العنت في الثلاثين قال مالك لا يتزوج في الثلاثين الا ان خاف العنت وروى أبو زيد عن ابن القاسم ان قدر أن يتسرى فلا ينكح فان لم يجد فلا ينكح الا أن يخاف العنت فان خاف العنت تزوج ولا شيء عليه ووجه قول ابن الماجشون انه انما راعى عمره في الأغلب وما لو زاد عليه لم يعل الى النساء غالبا وذلك تسعون عاما فلذا علق يمينه بمدة تبلغ عمره التسعين فهو بمنزلة من علق يمينه بجميع عمره فلا يلزمه شيء وان قصر عن ذلك وأبقى بعينه مدة من هذا العمر لزمته اليمين ووجه قول ابن القاسم ان مدة العشرين سنة كثير تلحق فيها المشقة ولا تخلو غالبا من العنت وحال نكاحه أولى من الزنا وقد أجازه ابن المسيب وغيره والى نحو هذا ذهب مالك رحمه الله الا انه راعى الثلاثين سنة وان كانت مدة طويلة الا انه لم يعلق الاباحة بخشية العنت دون طول المدة وأما ابن وهب وأشهب فكل واحد منهما علق الحكم على لفظ اليمين دون ما يؤول اليه من استيفاء عمره والله أعلم ص ﴿قال مالك في الرجل يقول لامرأته أنت الطلاق وكل امرأة أنكحها فهي طالق وماله صدقة ان لم يفعل كذا وكذا فحنث قال أما نساؤه فطلاق كما قال وأما قوله كل امرأة أنكحها فهي طالق فانه اذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة أو أرضا أو نحو هذا فليس يلزمه ذلك وليتزوج ما شاء وأما ماله فيتصدق بثلثه﴾ ش قوله لامرأته أنت الطلاق يلزمه ذلك على ما قال لانه مما لا خلاف فيه اذا وقع على هذا الوجه وقوله كل امرأة أنكحها طالق لا يلزم به شيء لما قدمناه ولو حلف بطلاق امرأة ان تزوجها ثم حلف ان تزوج امرأة تميمية فهي طالق وتلك المرأة من تميم فتزوجها قال ابن المواز يقع عليها طلقتان ووجه ذلك ان اليمينين كل واحدة منهما غير الأخرى وكل واحدة منهما مانضمنت طلقة فلما حلف بها لزمه طلقتان ويجيء على قول أشهب لا يلزمه فيها غير طلقة واحدة لانها يمين متكررة في غير واحدة كما لو قال لها ان تزوجتك فأنت طالق ثم قال لها مثل ذلك ثانية فتزوجها فانما هي طلقة واحدة

﴿أجل الذي لا يمس امرأته﴾

ص ﴿مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه كان يقول من تزوج امرأة فلم يستطع أن يمسها فانه تضرب له أجل سنة فان مسها والا فرق بينهما * مالك انه سأل ابن شهاب متى يضرب له الاجل أمن يوم يبنى بها أم من يوم ترافعه الى السلطان فقال بل من يوم ترافعه الى السلطان﴾ ش قوله من تزوج امرأة فلم يستطع أن يمسها ظاهره انه معترض عنها ظن انه يستطيع ذلك فاعترض عنها لان المجبوب الممسوح لا يستعمل فيه ذلك الا أن يكون بمعنى انه ظهر الى الزوجة ذلك منه المؤثر في منع الوطء

* قال مالك في الرجل يقول لامرأته أنت الطلاق وكل امرأة أنكحها فهي طالق وماله صدقة ان لم يفعل كذا وكذا فحنث قال أما نساؤه فطلاق كما قال وأما قوله كل امرأة أنكحها فهي طالق فانه اذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة أو أرضا أو نحو هذا فليس يلزمه ذلك وليتزوج ماشاء وأما ماله فليتصدق بثلثه

﴿أجل الذي لا يمس امرأته﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب انه كان يقول من تزوج امرأة فلم يستطع أن يمسها فانه يضرب له أجل سنة فان مسها والا فرق بينهما * وحدثني عن مالك أنه سأل ابن شهاب متى يضرب له الاجل أمن يوم يبنى بها أم من يوم ترافعه الى السلطان فقال بل من يوم ترافعه الى السلطان

قال ابن حبيب الاعتراض والعنة والحصر والخصاء والجب قال القاضي أبو محمد هي أربعة أشياء الاعتراض والعنة والجب والخصاء قال ابن حبيب والمعترض هو بصفة من يأتي النساء وربما جامع بعضهن واعترض عن بعض والعنين قال ابن حبيب لا ينتشر ذكره هو كالأصبع في جسده لا ينقبض ولا ينبسط والحصور انفرد ابن حبيب بذكره وقال هو الذي خلق بغير ذكر أو بذكر صغير كالذر وشبهه لا يمكن به وطء وقال القاضي أبو محمد العنين هو الذي ذكره شديد الصغر لا يمكنه الجماع بمثله ولا يتأتى منه انتشار يولج به لصغره والخصي هو المنتزع الانثيين قال صاحب العين الخصاء سل الانثيين ورجل خصي اذا اشتكى أنثييه وقال أبو عبيد عن أبي زيد الخصاء أن تسل أنثياه سلا فان رضت ولم تخرج فهو الوجء وان شق الصفن فاخرجت فهو المشق فان شقت حتى تسقط فهو العصب والمجبوب المقطوع الذكر قال صاحب العين يقال جببت الصبي اذا استأصلت ماهنالك (مسئلة) وأما العنين والخصي والمجبوب فمن أقر منهم بحاله فللزوجة الخيار في فرقته دون ضرب الأجل لان كل واحد منهم قد أقر بمعنى لا يرجى برؤه وهو مما يوجب الخيار للزوجة لما فيه من عدم الاستمتاع أو بعضه وللزوجة في ذلك حق على وجه ما ولذلك فرق بينهما وبين المولى (مسئلة) ومن أنكر ذلك منهم فقد قال ابن حبيب في الحصور والمجبوب المقطوع ذكره أو ذكره وأنثياه أو مقطوع الخصي خاصة يعتبره لنا بالجس على الثوب ونحوه ووجه ذلك انه يدرك ذلك بالجس من فوق الثوب فيعلم ما يدعي وجوده له من ذلك * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه اذا كان غير مصدق فيه وكان للنساء أن ينظرن الى الفروج فيما يصدق فيه النساء جاز للرجال الشهود أن ينظروا الى هذا اذا كان غير مصدق فيه وهو أبين في الشهادة وأبعد مما يكره ويحظر من الملامسة (مسئلة) وأما المعترض فان أقر بذلك فلا يخلو أن يكون حرا أو عبدا فان كان حرا ضرب له أجل سنة قال ابن المواز عن مالك البكر والثيب في ذلك سواء ولا خلاف بين الصحابة فيما نعلم فانه مروي عن عمر وابن مسعود وغيرهما الارواية عن علي بن أبي طالب لا تثبت وانفرد داود بقوله لا يؤجل للزوج ولا خيار للزوجة وهو محجوج بالاجماع فان برئ في السنة والا فرق بينهما ان شاءت ذلك وانما ضرب له أجل سنة لأنها مستوعبة لجميع الفصول الموافقة له والمخالفة فأبيح له أن يتعانى في جميعها ليصل الى المعاناة على الوجه الذي يوافقه مع ما في ذلك من سعة المدة والفسحة لما عسى أن يقع من اعتقال المعاناة وعدم المعاني والمعاني به وفي السنة فسحة للوصول الى ذلك كله والله أعلم وان كان عبدا فقد روى ابن القاسم عن مالك أجله ستة أشهر وقال القاضي أبو محمد اختلف في أجل العبيد فوجه القول بانه سنة اعتباره بالحر ولأن الغرض في ذلك اختباره بتأثير الأزمنة فيه وذلك يستوي فيه الحر والعبد فأشار الى انها مقولة لمالك وبها قال الجمهور ووجه القول بانها ستة أشهر انها مدة تقرب من الفراق فكان له فيها نصف مدة الحر كمدة الايلاء (فرع) وهذا اذا كان صحيحا فان رفعته وهو مريض فقد روى يحيى ان رفعته وهو مريض فلا يضرب له أجل حتى يصح ووجه ذلك أن عذره ظاهر ولو تعذر عليه الوطء للمرض لم تطلق عليه فلا يضرب له أجل في وقت مرضه (فرع) والسنة في ذلك من يوم ترافعه امرأته الى السلطان قاله ابن المواز عن مالك * قال القاضي أبو الوليد هذه عبارة أصحابنا وتحقيق ذلك عندي أن أول السنة من يوم الحكم بها وذلك ان رفعها الى السلطان لا يوجب لها الحكم الا بعد اقرار الزوج أو اثبات ما يوجب لها وربما كان ذلك في المدة الطويلة فاذا ثبت عند الحاكم ما يوجب ضرب الأجل استأنف ضربه من يوم انفاذ الحكم

والله أعلم (مسئلة) فان وطئ فى أثناء السنة واتفقا على وجود الوطء فلا خيار لها وهما على حكم الزوجية اللازمة فان ادّعى الوطء وأنكرته الزوجة فلا يخلو أن تكون ثيبا أو بكرا فان كانت ثيبا فالقول قول الزوج مع يمينه وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقد اختلف فى المدنية فى المرأة تدعى على زوجها العجز عن الوطء وينكر ذلك فأفتى فيها مالك وعبد العزيز بن أبى سلمة بهذا وقال ابن أبى ذئب يخلى معها ويكون عدلان جارحين فان خرج اليهما بقطنة فيها نطفة صدق وقال ابن أبى ذئب يلطخ ذكره بزعفران فاذا فرغ أدخل عليها امرأتان فان وجدتا الزعفران داخل فرجها صدق وروى الوليد بن مسلم عن مالك والاوزاعى انه يخلى معها وبالباب امرأتان فاذا فرغ نظرتا فرجها فان كان فيه منى فهو صادق والا فهو كاذب وقد قال محمد بن عمران يخلى معها ثم يخرج ويلازمها امرأتان فان تطهرت صدق وان لم تغتسل فهى مصدقة فقضى بقول مالك وقال القاضى أبو محمد وجه ماذهب اليه مالك انها مدعية عليه استحقاق الفراق وهو منكر فوجب أن يكون القول قوله ولأن ذلك موكول الى أمانته * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والأصل فى هذه المسئلة عندى أنه على السلامة وهى تدعى عيبا يوجب لها نقض عقد قد أقر بصحته وأما اذا أقر بتعذر الوطء عليه ثم ادّعاه بعد ذلك فى الأجل فلو لم يكن هذا موكولا الى أمانته لوجب أن يكون القول قولها (فرع) فان حلف فهما على النكاح اللازم وان نكل أحلفت فان حلفت فلها أن تفارقه وان نكلت بطلت دعواها ولزمها البقاء على الزوجية وروى ابن حبيب عن مالك ان نكل عند الاجل طلقت عليه (فرع) فاذا قلنا تطلق عليه اذا حلفت بعد نكوله فانما تطلق عليه عند انقضاء الأجل ولو نكل قبل الأجل ثم أتى الأجل فادّعى أنه أصاب كان له أن يحلف وليس الحكم الا نكوله قبل الاجل بشئ رواه ابن المواز ووجه ذلك أن له أن يتربص عليه الى الاجل فلا معنى لاستحلافه قبل الاجل لانه ان أصابه قبل الاجل لم يضره عجزه قبل استحلافه ولم ينقض الاجل (مسئلة) وأما البكر فقد قال القاضى أبو محمد فيها روايتان احداهما انها كالثيب والاخرى ان ينظر اليها النساء فان قلن بها أثر اصابة فالقول قوله وان قلن انها على حال البكارة صدقت عليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وجه الرواية الاولى وبها قال ابن القاسم أن هذه زوجة ادّعت العنة على الزوج فكان القول قوله كالثيب ووجه الرواية الثانية ان لنا فى البكر طريقا الى معرفة صدق الصادق منهما فكان ذلك أولى من الرجوع الى أمانته (مسئلة) فان انقضت السنة وأقر بعدم الوطء كان لها الخيار فى أن تقيم عنده أو تفارقه فان أقامت عنده ثم أرادت الفراق ففى كتاب محمد اذا صبرت عند تمام الاجل ولم تقم ثم أرادت القيام فلها ذلك وكذلك روى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية واختلفا فروى محمد توقف مكانه بغير ضرب أجل وليس لها هى أن تفارق دون اذن السلطان قاله ابن حبيب وروى أبو زيد عن ابن القاسم أن لها أن تطلق نفسها متى شاءت بغير اذن من السلطان وجه القول الاول انه أمر مختلف فيه فلا بد من حاكم يحكم بصحته لاسيما وليس طلاقه بلازم وانما هو اختيار بما تركته ووجه القول الثانى أن الحاكم لما ضرب الاجل فقد حكم بما يؤول اليه وأخذه به وهذا لانها لم تحكم بصحة بقائها معه ولا وجد منها تصريح بالرضى به ولو أظهرت الصبر عليه ففى الواضحة اذا صبرت امرأة العنين يريد المعترض ثم بدا لها فان كان بحدثان ما رضيت لامر وقع بينهما فليس لها ذلك وان بدا لها بعد زمان قالت رجوت أن لا يتمادى به فذلك لها ولو صبرت على العنين أو الحصور لم يكن لها بعد ذلك خيار (مسئلة) والطلاق فى ذلك طلقة بائنة ولا رجعة له وان قال قد انطلقت يريد

اذا ادّعى الانطلاق بعد الطلاق لانه طلاق بائن تبع النكاح من الاصابة (مسئلة) وهذا اذا كان صحيحا فان كان مريضا عند انقضاء الاجل أو مسجونا أوهى مريضة أو حائض ففى كتاب محمد عن ابن القاسم يفرق بينهما ولا ينتظر رواه يحيى عن ابن القاسم وقال عبد الملك ينتظر به واختاره ابن المواز وجه قول ابن القاسم ان هذا أجل ضربه الحاكم لثبوت الاختيار لها دون امتناع معلوم من جهته فوجب أن يثبت لها الخيار بانقضائه لان الحكم تناول انقضاءه كما تناول ابتداءه ولذلك فرق يحيى فى روايته بين أول الأجل وآخره فقال لا تضرب الآجال على المرض وتطلق عليه عند انقضائه وان كان مريضا ووجه قول أشهب انه أجل ضرب للاصابة فاذا انقضى لم يعجله له مع وجود مانع كاشهر المولى (مسئلة) ولو انقطع ذكره قبل انقضاء الأجل قال ابن القاسم فى كتاب محمد يعجل لها الطلاق حينئذ ولا ينتظر تمام السنة رواه عيسى عنه وروى محمد عن أشهب وعبد الملك وأصبغ وغيره لافراق فى شئ من ذلك ولا حجة لها وجه القول الأول انه قد حكم عليه بالفراق لعدم الوطء فاذا قطع ذكره وتعذر الوطء كان بمنزلة من اطلع على انه مجبوب فعجل الفراق ووجه القول الثانى ان هذا أمر طارئ عليه فى مدة الأجل فوجب أن يبطل الأجل ويثبت النكاح كالمولى يقطع ذكره فى أشهر الأجل وقد أجمعوا على ان الأجل يبطل وتثبت الزوجية (مسئلة) وحكم ايقاع الطلاق أن يؤمر الزوج بايقاعه فيوقع منه ماشاء فان امتنع من ايقاعه فان الحاكم يفسخ نكاحه بطلاق خلافا للشافعى ووجه ذلك انه فسخ مجتهد فيه ليس بغالب ولا أوجبه فساد عقد فكان طلاقا كما لو أوقعه الزوج كالفرقة باعتبار الصداق والنفقة هذا الذى ذكره القاضى أبو محمد وقال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والاظهر عندى انها فرقة يلزم الزوج ايقاعها لحق الزوجية فاذا لم يوقعها حكم عليه بها السلطان فكانت طلقة كفرقة المولى (مسئلة) وانما يوقع الحاكم عليه طلقة واحدة تكون بائنة لانها قبل الدخول فلا رجعة فيها ولا حاجة لاحد الى ايقاع أكثر منها مع ان الزائد على الواحدة ممنوع فان أوقع أكثر من ذلك فيتخرج فيه القول على ماتقدم من الخلاف والله أعلم (فرع) فاذا فرق بينهما بعد انقضاء الأجل ففى الموازية روى أشهب عن مالك ان ضرب لها الأجل بقرب البناء فلها نصف الصداق وقد قال مالك مرة لها جميعه وبه أخذ ابن القاسم قال أشهب عن مالك وان رفعته بعد طول مدة ثم فرق بينهما بعد انقضاء الأجل فلها الصداق كله وجه القول الأول وبه أخذ ابن عبد الحكم ان استيفاء عوض المهر فى النكاح يكون على وجهين أحدهما الجماع وذلك يكون بالتقاء الختانين والثانى الاستمتاع بالزوجة وجهازها على وجه المكارمة والمراضاة ولذلك تستحق زوجة المجبوب عليه جميع مهرها اذا طلقها بعد البناء بها فاذا لم يمكن فى حق غير المجبوب الوطء جاز أن يكون الاستيفاء بالاستمتاع بالزوجة وجهازها على الوجه المذكور ويجب أن يكون ذلك فى طويل المدة دون قصيرها لانه لا خلاف أن ذلك لا يستوفى فى الساعة ولا فى اليوم ولا يعتبر فى طويل المدة بالسنة المضروبة لاختيار الزوج لانه ليس مقتضاها المكارمة والمراضاة وانما مقتضاها المشاحة وطلب الزوجة المفارقة وانما يعتبر فى طول المدة بما مضى قبل أن ترفعه الى الحاكم لما ذكرناه فان طالت بقدر ما يكون فيها استمتاع الزوج بالزوجة وجهازها كان لها جميع المهر لانه قد وجد منها البدل ووجد منه أحد نوعى الاستيفاء وان قصرت عن ذلك لم يكن لها الا نصف الصداق لانه لم يوجد منها نوع من الاستيفاء ووجه القول الثانى انه قد وجد منه الاستمتاع بالزوجة وجهازها فكان لها جميع الصداق كما لو طالت المدة قبل التحاكم فى ذلك والله أعلم

(فصل) فأما المجنون فقد روى محمد عن مالك للمرأة أن ترد الرجل بما يضرها به من الجنون والجذام والبرص وذلك انه على وجهين أحدهما أن يكون الجنون به حين العقد فغرها من نفسه فاختارت الطلاق فان كان دخل بها فلها الصداق وان لم يبن بها فلا شئ لها ووجه ذلك انه اذا غرها من نفسه بالعنة كان لها الخيار وهذا أبين ضررا فبان يجب لها الخيار به أولى فان كان حدث به ذلك بعد العقد فعلى حسب ذلك ان كان قبل البناء فلها أن تطلق نفسها ولا شئ لها وان كان بعده فلها جميع الصداق رواه أشهب عن مالك وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فى المجنون سواء كان جنون افاقة أو مطبق ان كان يؤذيها ويخاف عليها منه حيل بينهما وأجل سنة ينفق عليها من ماله فان برأ والا فهى بالخيار وان كان يعفيها من نفسه ولا تخاف منه فى خلوته بها فلا حجة لها وقال نحوه أشهب ووجه ذلك ان هذا ليس بمعنى مؤثر فى الاستمتاع فاذا أعفاها من نفسه ولم يخف منه عليها فلا خيار لها وأشار ابن حبيب الى التفرقة بين الجنون الموجود حين العقد والحادث بعده فقال فيمن زوج ابنه صغيرا فلما بلغ ظهر أنه أحمق مطبق فأرادت هى أو ولى الصغيرة الفسخ وقالت كان الجنون به قديما وبالبلوغ ظهر فهذا لا يعرف وهو على انه حادث (فرع) فاذا قلنا يفرق بينهما فى الجنون ضرب له أجل سنة يتعالج فيها وقد قال مالك يحبس فى حديد أو غيره ان خيف عليها منه وهذا فى الذى يخاف عليها منه وهى مع ذلك لا تستوحش من مجالسته ويخاف عليها من ذلك أذى فان عندى انه يفرق بينهما فان برأ المجنون فى السنة قال مالك فان برأ والا فهى بالخيار ووجه ذلك ما قدمناه (فرع) والموسوس والذى يغيب مرة بعد مرة سواء رواه ابن المواز قال وقد قال مالك يؤجل الموسوس سنة ووجه ذلك ان هذه معان يعدم معها العقل والميز فاشبهت الجنون (مسئلة) وأما الجذام فقد تقدم من قول مالك ان لها الخيار فى الجذام وكذلك ان حدث به ووجه ذلك ما قدمناه من انه معنى منع الاستمتاع (فرع) ومقدار الجذام الذى يوجب لها الخيار قال أشهب ليس له حد الا أن يكون بشعا حالا يحتمل النظر اليه وتغض الابصار دونه فلها الخيار وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب انه اذا كان بالرجل جذام لا شك فيه وان لم يكن مؤذيا ولا فاحشا فليفرق بينهن ان طلبت ذلك لانه لا تؤمن زيادته وأما الخفى الذى يشك فيه ولا يعرف انه جذام فلا يفرق بينهما وجه القول الأول انه لا يمنع نفس الاستمتاع وانما يلزمه فاذا لم يكن فيه أذى ولا مضرة من قبحه فلا خيار لها ووجه القول الثانى ان النفوس مجبولة على كراهته والنفار ممن هو به وذلك يمنع النشاط الى الاستمتاع والانبساط اليه فاقتضى ذلك منع الاستمتاع كما لو كان الجذام بالمرأة والله أعلم (فرع) ولو شاءت المقام معه ثم قامت بعد سنين فقد قال أشهب فى التى لها الخيار بقبح جذام زوجها فشاءت المقام ثم بدا لها فذلك لها وروى عن ابن القاسم ابن المواز ان الامام اذا خير زوجة الأجذم فاختارت المقام ثم قامت بعد سنين لا حجة لها اذا كان رضاها عند السلطان أو غيره اذا أشهدت الا أن يتزايد أمره وروى عنه عيسى انه قال لا حجة لها اذا قالت ظننت انه سيذهب ووجه قول أشهب ان هذا أمر يشتد ضرره ويتزايد أمره ولا يكاد يثبت على حالة واحدة ووجه قول ابن القاسم انها اذا رضيت المقام معه عند السلطان لزمها لان السلطان قد حكم باسقاط خيارها والله أعلم

(فصل) وأما البرص فقد تقدم من رواية ابن المواز عن مالك ان للمرأة أن ترد الرجل بما يردها به من الجنون والجذام والبرص وهذا فيما غرها به وما حدث بالرجل من جنون أو جذام أو برص فلها الخيار

قال مالك وليس حدوث البرص الشديد مثل ذلك ولا سمعت أحدا فرق فيه ولا أرى ذلك وروى عنه أشهب لا يفرق فيه وان غرها فعلى هذا عن مالك فى التى يغرها زوجها روايتان احداهما اثبات الخيار لها وبها قال ابن القاسم وابن عبد الحكم والثانية نفيه وفى الذى يحدث به رواية واحدة فى نفى الخيار قال ابن القاسم وان كان ما حدث منه شديدا وروى عيسى عن ابن القاسم فى الذى يحدث به من البرص ما خف منه فلا خيار لها وما فيه ضرر لا تصبر عليه فلها الخيار به وقال القاضى أبو محمد واختلف عنه فى لبرص اذا غرّ به والصحيح انه يثبت لها فيه الخيار والدليل على ذلك قوله تعالى ولهنّ مثل الذى عليهن بالمعروف ولانه معنى يؤثر فى الاستمتاع للزوج الخيار به اذا كان بالزوجة فكان للزوجة الخيار اذا كان بالزوج كالجذام فذهب القاضى أبو محمد الى اثبات الخيار لها بهذه العيوب كلها كانت موجودة حين العقد أو ثبتت بعده والفرق بين ما يحدث من ذلك بالزوجة وبين ما يحدث بالزوج ان الزوج يقدر على رفع العقد بالطلاق والزوجة لا تقدر على ذلك فلو لم يثبت لها الخيار لأدى الى استدامة الضرر وما قاله القاضى أبو محمد يقتضى ان حق المرأة فى ثبوت الخيار لها بما حدث بالزوج من ذلك آكد من حق الزوج مما يثبت بالمرأة وهو ظاهر والله أعلم (فرق) والفرق بين ما يوجد منه حين العقد وبين ما يحدث بعد ذلك على رواية من فرق بينهما انه فى الذى كان موجودا به قاصدا الى الخديعة والاضرار بها والذى حدث ذلك به بعد العقد غير قاصد اليه بما حدث بها منه بعد العقد وانما يكون له أن يطلق قبل البناء بها ولها نصف الصداق ولها بعد البناء جميعه ولو كان ذلك بها عند العقد لكان له قبل البناء أن يفارقها ولا شئ عليه من الصداق وأما من فرق بين كثير ما حدث منه وقليله ولم يذكر ذلك فيما كان منه عند العقد فانما أثبت لها الخيار فى كثير من أجل استدامة الضرر ويلزم على هذا انها اذا رضيت به كان لها القيام به لانه ليس من وجه العنة وانما هو من وجه الضرر والله أعلم ص ﴿ قال مالك فأما الذى قد مس امرأته ثم اعترض عنها فانى لم أسمع انه يضرب له أجل ولا يفرق بينهما ﴾ ش وهذا على ما قال ان من مس امرأته ولو مرة واحدة ثم اعترض عنها فانه لا يضرب له أجل ولا يفرق بينهما ولا حجة لها عليه فى ذلك وعلى هذا فقهاء الأمصار غير أبى ثور فانه قال يؤجل وهو محجوج بالاجماع قبله ولان الملامسة الواحدة يكمل بها الصداق فيبطل بها حكم الاعتراض لانها بمنزلة استيفاء الاستمتاع أجمع اذا منع منه فى المستقبل عذر كالومات أحد الزوجين والله أعلم

﴿ جامع الطلاق ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب انه قال بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من ثقيف أسلم وعنده عشر نسوة حين أسلم الثقفى أمسك منهن أربعا وفارق سائرهنّ ﴾ ش قد روى عنه صلى الله عليه وسلم انه أمر غيلان بن سلمة الثقفى الذى أسلم وعنده عشر نسوة أن يمسك منهن أربعا ويفارق سائرهنّ ولم يعلله امساك الأوائل ولا غيرهنّ وذلك يقتضى انه خير فى أن يمسك من شاء منهن ويفارق سائرهنّ وبذلك قال مالك والليث والشافعى وكذلك لو كانت تحته أختان لكان له أن يختار أيتهما شاء وسواء تزوجهما فى عقد واحد أو عقود مختلفة وقال أبو حنيفة ليس له أن يمسك الا الأوائل فان تزوجهنّ فى عقد واحد فرق بينه وبينهنّ ثم تزوج من شاء منهنّ وبه قال الثورى والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك الحديث المتقدم ولم يسئله عن صفة نكاحهنّ وهو موضع حكم والسؤال

* قال مالك فاما الذى قد مس امرأته ثم اعترض عنها فانى لم أسمع أنه يضرب له أجل ولا يفرق بينهما

﴿ جامع الطلاق ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ابن شهاب أنه قال بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من ثقيف أسلم وعنده عشر نسوة حين أسلم الثقفى أمسك منهن أربعا وفارق سائرهن

عن أسبابه مع أن الغالب انه لا يتزوجهن في عقد واحد والله أعلم (مسئلة) وهذا مبني على أن أنكحة الكفار فاسدة لعروها عن شروط الصحة لكن ان كان الفساد يقارن العقد فقط فذلك الذي يصححه الاسلام فان كان يبقى بعد العقد وأدركه الاسلام بطل النكاح وان انقضى قبل الاسلام صححه الاسلام وذلك مثل أن تنكح المرأة في عدتها ثم تسلم وهي في عدتها فقد قال ابن القاسم يفسخ النكاح قال أشهب وان لم يكن بنى بها ولو وطئ بعد اسلامه في العدة لم تحل له أبدا وكذلك من تزوج على سنة المتعة فأسلم قبل الأجل فسخ نكاحه ولو أسلم بعد الأجل ثبت نكاحه بنى أو لم يبن قاله أشهب وذلك كله من كتاب أحمد ووجهه ما تقدم (مسئلة) ومن أسلم وعنده عشر نسوة فلم يختر منهن حتى مات قال محمد سمعت من قال انهن يرثن منه الثمن مع الولد والربع مع عدمه ومن دخل بها منهن فلها صداقها ومن لم يبن بها فلها خمسا صداقها قال محمد لانه لم يكن عليه ان لم يدخل بها الاصداق أربع يقسم ذلك بينهن والله أعلم (مسئلة) ولو طلق أربعا من العشرة فقد قال محمد بن عبدوس ليس له أن يختار من العشر غير الأربعة لان طلاقه للاربع اختيار لمن طلق وبالطلاق وقع على المطلقات ووجه ذلك ان الطلاق انما يقع في نكاح وانما يتعلق بالزوجة فاذا وجه الطلاق اليها فقد اختارها زوجة فاذا استوعب أربعة بالطلاق فقد استوعب من كان له أن يختار ولا سبيل له الى سائرهن الا بنكاح جديد كما لو اختار أربعا ثم طلقهن ص * مالك عن ابن شهاب انه قال سمعت سعيد بن المسيب وحميد بن عبد الرحمن بن عوف وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان ابن يسار كلهم يقول سمعت أبا هريرة يقول سمعت عمر بن الخطاب يقول أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجا غيره فيموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الأول فانها تكون عنده على ما بقي من طلاقها * قال مالك وعلى ذلك السنة عندنا التي لا اختلاف فيها * ش قول عمر رضي الله عنه أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين يريد ما لم يستوعب الثلاث ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجا غيره فيموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها الأول فانها عنده على ما بقي من طلاقها يريد ان كان طلقها قبل أن يتزوجها الثاني طلقة فانها اذا رجعت اليه تكون عنده على طلقتين فان كان طلقها طلقتين قبل الثاني فانها اذا رجعت للاول لا يبقى له فيها الا طلقة واحدة لان الزوج لا يهدم من الطلاق الا الثلاث وأما الطلقة والطلقتان فلا يهدمها الزوج وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يهدم الطلقة والطلقتين واذا رجعت الى الأول بعد ان طلقها طلقة أو طلقتين فانها تكون عنده على جميع الطلاق كما لو طلقها ثلاثا ثم رجعت اليه بعد زوج ص * مالك عن ثابت بن الأحنف أنه تزوج أم ولد لعبد الرحمن بن زيد بن الخطاب قال فدعاني عبد الله بن عبد الرحمن ابن زيد بن الخطاب فجئته فدخلت عليه فاذا سياط موضوعة واذا قيدان من حديد وعبدان له قد أجلسهما فقال طلقها والا والذي يحلف به فعلت بك كذا وكذا قال فقلت هي الطلاق ألفا قال فخرجت من عنده فأدركت عبد الله بن عمر بطريق مكة قال فأخبرته بالذي كان من شأني فتغيظ عبد الله وقال ليس ذلك بطلاق وانها لم تحرم عليك فارجع الى أهلك قال فلم تقررني نفسي حتى أتيت عبد الله بن الزبير وهو يومئذ بمكة أمير عليها فأخبرته بالذي كان من شأني وبالذي قال لي عبد الله ابن عمر قال فقال لي عبد الله بن الزبير لم تحرم عليك فارجع الى أهلك وكتب الى جابر بن الأسود

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب أنه قال سمعت سعيد بن المسيب وحميد بن عبد الرحمن ابن عوف وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار كلهم يقول سمعت أبا هريرة يقول سمعت عمر بن الخطاب يقول أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجا غيره فيموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الاول فانها تكون عنده على ما بقي من طلاقها قال مالك وعلى ذلك السنة عندنا التي لا اختلاف فيها * وحدثني عن مالك عن ثابت بن الاحنف أنه تزوج أم ولد لعبد الرحمن بن زيد ابن الخطاب قال فدعاني عبد الله بن عبد الرحمن ابن زيد بن الخطاب فجئته فدخلت عليه فاذا سياط موضوعة واذا قيدان من حديد وعبدان له قد أجلسهما فقال طلقها والا والذي يحلف به فعلت بك كذا وكذا قال فقلت هي الطلاق ألفا قال فخرجت من عنده فادركت عبد الله بن عمر بطريق مكة فاخبرته بالذي كان من شأني فتغيظ عبد الله وقال ليس ذلك بطلاق وانها لم تحرم عليك فارجع الى أهلك قال فلم تقررني نفسي حتى أتيت عبد الله بن الزبير وهو يومئذ بمكة أمير عليها فاخبرته بالذي كان من شأني وبالذي قال لي عبد الله بن عمر قال فقال لي عبد الله بن الزبير لم تحرم عليك فارجع الى أهلك وكتب الى جابر بن الاسود

الزهري وهو أمير المدينة يأمره أن يعاقب عبد الله بن عبد الرحمن وأن يخلي بيني وبين أهلي قال فقدمت المدينة فجهزت صفية امرأة عبد الله بن عمر امرأتي حتى أدخلتها علي بعلم عبد الله بن عمر ثم دعوت عبد الله بن عمر يوم عرسي الى وليمتي فجاءني ﴾ ش قوله فدخلت عليه فاذا اسياط موضوعة وقيدان من حديد وعبدان يقتضي مع كمال الحديث أن هذا كان عند عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير مما يقع به الاكراه الذي يمنع وقوع الطلاق وروى ابن المواز أن التهديد بالضرب وان قل وأن السجن اكراه وكذلك أخذ بعض المال وقال فيمن مر بعشار فقال في أمته هي له حرة لا شئ عليه وروى عيسى عن ابن القاسم في يمين المكره ان كان لم يحلف فلا شئ عليه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي أن يكون يعلم أن الحالف يقدر على ذلك وانه ممن لا ينزع عنه وليس من شرطه أن لا يتحقق ذلك أن لا يسرع فيه وعلى هذا يدل حديث ثابت بن الأحنف

(فصل) وقوله فقال طلقها والا والذي يحلف به فعلت بك كذا وكذا ففعلت هي الطلاق ألفا يقتضي انه طلقها مكرها وقد أفتاه عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير بان ذلك لا يلزمه وهو المعروف من قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزم المكره طلاقه وبه قال النخعي والشعبي ويروى عن سعيد بن المسيب والدليل على ما نقوله ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا طلاق في اغلاق والاغلاق الاكراه ومن جهة المعنى ان هذا الطلاق لو أقر به لم يلزمه فاذا أوقعه لم يلزمه كطلاق المجنون (مسئلة) اذا ثبت ذلك فسواء أكره على ايقاع الطلاق أو الاقرار به أو اليمين به أو الحنث في يمين لزمت به كل ذلك لا يلزمه لانه معنى يتضمن الطلاق فلم يلزم بالاكراه كالاقرار

(فصل) وقوله ثم دعوت عبد الله بن عمر الى وليمتي فجاءني يقتضي بقاءه على ما أفتاه به من أن المكره لا يلزمه طلاق ولذلك حضر وليمة بنائه بها مع علمه بانه قد كان طلقها مكرها وكتب عبد الله ابن الزبير الى جابر بن الأسود يأمره أن يعاقب عبد الله بن عبد الرحمن لما كان من تعديه على ثابت وظلمه له وان كان ما ألجأه اليه من الطلاق لا يلزمه وهذا هو الواجب على من اليه شئ من أمور المسلمين أن ينصف ضعيفهم من قويهم والله الموفق للصواب ص ﴿ مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال سمعت عبد الله بن عمر قرأ يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لقبل عدتهن قال مالك يعني بذلك أن يطلق في كل طهر مرة ﴾ ش قوله فطلقوهن لقبل عدتهن يحتمل أن يريد به انه سمعه يورد ذلك على سبيل التفسير فأما القراءة فلا تكون الا على ما تضمنه المصحف ومعنى قوله لقبل عدتهن أن يطلقها طاهرا فتلك المدة التي تستقبل بها العدة يريد أن تبدأ فيها وهو قريب من معنى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لان معنى ذلك أن تطلق في حالة تعتد بها ولا خلاف انه لا يجوز الطلاق في حال الحيض فثبت ان الأمر بالطلاق تناول حال الطهر وثبت بذلك ان زمن الطهر هو الذي يقع الاعتداد به وهو الذي تستقبل العدة به وقوله عن مالك ان معنى ذلك أن يطلق في كل طهر مرة مما انفرد به يحيى بن يحيى وقد أنكرت هذه الرواية على يحيى بن يحيى وقيل انها مخالفة لمذهب مالك رحمه الله لان طلاق السنة عنده أن يطلق طلقة في كل طهر أي في أي طهر سأله أن يبتدئ به الطلاق ويوقعه مرة واحدة لا يتبعها في ذلك الطهر طلقة ثانية وليس في ذلك الطلاق ايقاع طلاق في الطهر الثاني ولا المنع منه لان الامر جهته التعلق بالعموم ولا يجوز لمن تأول ذلك التعلق بالعموم لانه لا يجوز عنده أن يطلق في طهر قد مس فيه والله أعلم

الزهري وهو أمير المدينة يأمره أن يعاقب عبد الله ابن عبد الرحمن وأن يخلي بيني وبين أهلي قال فقدمت المدينة فجهزت صفية امرأة عبد الله بن عمر امرأتي حتى أدخلتها على بعلم عبد الله بن عمر ثم دعوت عبد الله بن عمر يوم عرسي لوليمتي فجاءني * وحدثني عن مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال سمعت عبد الله بن عمر قرأ يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لقبل عدتهن * قال مالك يعني بذلك أن يطلق في كل طهر مرة

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال كان الرجل اذا طلق امرأته ثم ارتجعها قبل أن تنقضي عدتها كان ذلك له وان طلقها ألف مرة فعمد رجل الى امرأته فطلقها حتى اذا شارفت انقضاء عدتها راجعها ثم طلقها ثم قال والله لا آويك الى ولا تحلين أبدا فأنزل الله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان فاستقبل الناس الطلاق جديدا من يومئذ من كان طلق منهم أو لم يطلق * مالك عن ثور بن زيد الديلي ان الرجل كان يطلق امرأته ثم يراجعها ولا حاجة له بها ولا يريد امساكها كيما تطول بذلك عليها العدة ليضارها فأنزل الله تبارك وتعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه يعظهم الله بذلك ﴾ ش الآية الأولى نزلت في تقدير الطلاق وما للرجل منه وانه ليس له من ذلك الا طلقتان تعقبهما رجعة وطلقة ثالثة لا رجعة بعدها فقطع بذلك تبارك وتعالى ضرر من كان يستديم الطلاق والارتجاع يمنع بذلك الزوجة من أن تحل لغيره ولا يعيدها هو الى حال الزوجية التي يقتضيها عقد النكاح من الامساك بالمعروف وقصد المواصلة فقدر الله تعالى بهذه الآية أن جميع ما للزوج في المرأة ثلاث تطليقات فاذا استوعبها في كلمة أو كلمات ووقت واحد أو أوقات لم يبق له فيها رجعة ولا كان له أن يمنعها من نكاح غيره اذا انقضت عدتها ومعنى الآية ان الطلاق الرجعي مرتان ويحتمل أن يكون المراد بقوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ان هذا حكم الطلاق الرجعي وهذا للزوج وله أن يمسكها باحسان يريد والله أعلم على المواصلة والمقصود بالزوجية لا ليضارها ويطول عليها بالرجعة عدتها ولذلك قال تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا يريد في تطويل العدة عليهن أو يسرحها باحسان ان لم تكن له بها حاجة فان طلقها بعد ذلك فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره يريد والله أعلم الطلقة الثالثة

(فصل) وقوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا نهاهم الله بهذه الآية عن أن يكون الارتجاع الذي أبيح لهم على وجه الاضرار وأعلمهم انه وان كان قد ينفذ فيه حكمهم فانهم قد أمروا بايقاعه على وجه المعروف دون الاضرار فمن أوقعه على وجه الاضرار فقد ظلم نفسه فما تناولته الآية الأولى غير ما تناولته الآية الثانية والله أعلم ص ﴿ مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن طلاق السكران فقالا اذا طلق السكران جاز طلاقه وان قتل قتل به قال مالك وعلى ذلك الامر عندنا ﴾ ش قولهما اذا طلق السكران جاز طلاقه وهو مذهب عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب والنخعي والشعبي وابن سيرين وأكثر الفقهاء وبه قال مالك وأبو حنيفة والاوزاعي والثوري وللشافعي في ذلك قولان أحدهما يلزمه الطلاق وعليه أكثر أصحابه والثاني لا يلزمه وبه قال المزني وروي ذلك عن عثمان بن عفان وربيعة ويحيى بن سعيد الانصاري والدليل على ما نقوله ان كل من لزمه القطع بالسرقة والقصاص في القتل لزمه الطلاق أصل ذلك الصحيح ولا خلاف في الزامه القطع بالسرقة الا ما روي عن عثمان الليثي وليس ممن يعتد بخلافه وهو محجوج بالاجماع قبله وأما القصاص في القتل فلا خلاف فيه * قال القاضي أبو الوليد أيده الله والذي عندي في هذا أن السكران المذكور لا يذهب عقله جملة وانما يتغير مع صحة قصده الى ما يقصده ولذلك يقتص منه في القتل ولا خلاف فيه وأما لو بلغ الى حد أن يغمى عليه ولا يبقى له عقل جملة فهذا لا يصح منه تطليق اذا بلغ هذه الحالة ولا يتهيأ منه ضرب ولا قصد الى قتل ولا غيره وانما تكلم الفقهاء على المعتاد من سكر الخمر لان سكر الخمر ليس بمنزلة الجنون الذي يذهب العقل جملة وانما يتغير العقل تغييرا يجترئ به على معان لا يجترئ عليها صاحيا كالسفيه ولو علم انه بلغ حد الاغماء لما اقتص منه ولا لزمه طلاق ولا غيره كسائر من أغمي عليه

* وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال كان الرجل اذا طلق امرأته ثم ارتجعها قبل أن تنقضي عدتها كان ذلك له وان طلقها ألف مرة فعمد رجل الى امرأته فطلقها حتى اذا شارفت انقضاء عدتها راجعها ثم طلقها ثم قال لا والله لا آويك الي ولا تحلين أبدا فأنزل الله تبارك وتعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان فاستقبل الناس الطلاق جديدا من يومئذ من كان طلق منهم أو لم يطلق * وحدثني عن مالك عن ثور بن زيد الديلي أن الرجل كان يطلق امرأته ثم يراجعها ولا حاجة له بها ولا يريد امساكها كيما تطول بذلك عليها العدة ليضارها فأنزل الله تبارك وتعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه يعظهم الله بذلك * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن طلاق السكران فقالا اذا طلق السكران جاز طلاقه وان قتل قتل به قال مالك وعلى ذلك الامر عندنا

(فرع) وأما من سقي السكران ثم حلف بطلاق أو غيره فقد قال أصبغ في العتبية لا يلزمه شيء وهو كالبرسام وهو لم يدخله على نفسه ولو قصد شربه على وجه الدواء والعلاج فأصابه ما بلغ ذلك منه فلا شيء عليه وليس كشارب الخمر ومعنى ذلك ان شرب السكران يذهب العقل ويجعل صاحبه كالمبرسم وقال ذلك في المريض يطلق في هذيانه لا يلزمه ولو طلق وقد ذهب عقله من المرض ثم صح فانكر ذلك حلف ولم يلزمه وأما شارب الخمر فلتذ بسكره ومعناه الاجترا على المعاصي وتشعب الاماني مع بقاء كثير من الميز الذي يلزمه به القصاص والحدود ولم يختلف أصحابنا في أن الحدود والطلاق تلزمه وأما ما لم يتعلق بتحريم ولا كان فيه عتق كالبيع والنكاح والهبة والصدقة وعطيته وانكاح ابنته واقراره بالدين قال سحنون لا يجوز شيء من ذلك وهو ظاهر قول مالك وقال ابن نافع يجوز عليه كل شيء كالبيع وغيره ووجه قول مالك ان أقل أحواله حال سكره انه سفيه فلا يلزمه شيء من ذلك كما لا يلزم السفيه ووجه قول سحنون ان هذه حقوق لازمة كالطلاق والحدود ووجه قول ابن نافع أن من ليس محجورا عليه ومعه من الميز ما يجب عليه به القصاص فانه يلزمه سائر أفعاله كالصاحي وأما وصيته فقد قال سحنون ما كان منها له الرجوع فيه فلا يجوز عليه وما لم يكن له الرجوع كالعتق المبتل فهو لازم ثم رجع سحنون بالعشي فقال تلزمه وصيته بالعتق ووصيته لقوم ولا يكون أسوأ حالا من الصبي والسفيه تجوز وصيتهما فالسكران أحرى أن تجوز وصيته وانما لم يلزمه البيع لانه لا يلزم الصبي ولا السفيه ض ﴿ مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب كان يقول اذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرق بينهما * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا ﴾ ش قوله اذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرق بينهما يقتضي ان لها عليه نفقة لازمة تقابل استحقاقه لاستدامة نكاحها والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ومن جهة المعنى ما قدمناه من أن النفقة في مقابلة استدامة الاستمتاع ولا خلاف في ذلك وفي هذا أربعة أبواب * أحدها في ذكر من يستحق النفقة من الزوجات وتستحق عليه من الازواج * والباب الثاني فيما يسقط به النفقة من طلاق بائن أو نشوز * والباب الثالث في قدر النفقة وصفتها * والباب الرابع فيما يجب من الخيار بالاعسار عن ذلك

(الباب الاول في ذكر من يستحق النفقة من الزوجات وتستحق عليه من الأزواج)

تجب النفقة على الزوج الحر لزوجته الحرة ما دامت الزوجية بينهما باقية ولم يكن من قبلها نشوز وذلك اذا دخل بها أو دعي الى الدخول بها وكانا جميعا من أهل الاستمتاع وهو أن يكون الزوج بالغا وتكون هي ممن يستمتع بمثلها ويمكن وطؤها وان لم يبلغ فان كان الزوج ممن لم يبلغ أو كانت هي ممن لا يمكن وطؤها لصغرها فلا نفقة لها خلافا للشافعي في ترك اعتبار ذلك في أحد قوليه ووجه ذلك ان الاستمتاع غير متأت منها فلم تستحق العوض من النفقة كالمطلقة البائنة (مسئلة) وهذا اذا كان الزوجان موسرين فان كان معسرا فلا تلزمه نفقة لقوله تعالى لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا فان أيسر بعد ذلك لم يتبع بما أنفقته على نفسها حال اعساره ووجه ذلك انه حق لا يتعلق بذمة الزوج وانما يتعلق بماله فلا يلزمه اذا أيسر (مسئلة) فان كان موسرا وأراد السفر نظر الى قدر سفره فوضع لها من النفقة بقدر ذلك أو أقام حميلا قاله ابن المواز وهو مذهب ابن القاسم وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون ليس لها عليه حميل بالنفقة وجه القول الاول انه اذا غاب تعذر عليها تحصيل النفقة من جهته فكان عليه أن يترك من النفقة بقدر ما يرى من جهة

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول اذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرق بينهما * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا

سفره كالذى عليه الدين يريد سفرا يقتضى حلول أجله قبل ايابه فعليه أن يوجه وجها لقضائه ووجه القول الثانى ان هذه نفقة زوجة فلم يجب على الزوج توثقة بها كالحاضر المقيم معها (مسئلة) واذا غاب الزوج موسرا واحتاجت الزوجة الى نفقة فلا يخلو أن تنفق على نفسها لترجع عليه أو ترفع ذلك الى السلطان فان أنفقت على نفسها ثم قدم زوجها فاقر بذلك دفع اليها ما أنفقته الا أن يكون أكثر مما يفرض لمثلها على مثله فله أن يمنع الزائد على ذلك وان مانعها فى ذلك فلا يخلو ان تدعى انه أوصل اليها ما أنفقته وان كان معسرا مدة غيبته فان ادعى انه أوصل اليها فان كانت لم تشهد فالقول قوله لان الظاهر ان ما فى بيته من نفقة وما أشبها له وان كانت أشهدت على ذلك أهل محلها وجيرانها فلما قدم زعم انه خلف النفقة أو بعث بها وصلت ففى العتبية وكتاب محمد عن ابن القاسم يحلف الزوج ويصدق كالحاضر ووجه ذلك انه لم يتقدم فى ذلك قضاء عليه ولا أمر من الحاكم لها بالانفاق على نفسها فلما عريت قصتها من حكم حاكم لم يؤثر فى ذلك الاشهاد (مسئلة) وان كانت رفعت ذلك الى حاكم من الحكام فقد قال ابن القاسم ان القول لها من يوم رفعت ذلك وقاله أصبغ ورآه كالحكم لها ووجه ذلك انها رفعت ذلك الى الحاكم ونظر فى أمره ولم يجد له مالا وأباح لها الانفاق على نفسها لترجع به صارت اليد لها فيما تنفقه فكان القول فيه قولها (مسئلة) فان قال كنت معسرا فى تلك المدة فما أثبت فيه عدمه فقد روى محمد عن ابن القاسم انه اذا قدم اتبعته بما كان فى مدة الحكم لها موسرا واسقط ما كان فيه معسرا سواء كان وقت الحكم أو وقت القدوم معسرا أو موسرا ومعنى ذلك ان هذا تضمنه حكم الحاكم لانه لا يجوز له أن يلزم النفقة معسرا ولا ان يسقطها عن موسر وفى كتاب ابن حبيب انه ان جهل أمره وأرادت أن ترجع عليه فذلك لها ويشهد لها بذلك الامام انه ان كان مليا فقد فرضت لها عليه نفقة مثلها من مثله ويؤرخ اليوم ويذكر الشهر فلا يؤثر على هذا الحكم الا فى تحقيق ما ثبت عنده من حاله فى عسر أو يسر وفى ازالة يده عما تنفقه بحكمه والله أعلم (فرع) فاذا ثبت عسره أو يسره فعلى ما تقدم وان جهل أمره ففى كتاب محمد عن ابن القاسم ان المعتبر الحالة التى يقدم عليها فان قدم معسرا فهو مصدق فيما يدعيه من الاعتبار وان قدم موسرا لم يصدق فى ذلك الا ببينة وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه على الحالة التى خرج عليها فان خرج معسرا فهو على ذلك وان خرج موسرا فهو على ذلك وان لم يعلم على أى حالة خرج عليها فهو على اليسار حتى يقيم البينة بالاعسار وفى العتبية عن ابن كنانة وسحنون ان القول قوله وعلى المرأة البينة وجه قول ابن القاسم أن الحالة التى قدم عليها هى الحالة التى يجب أن تعتبر لانها حالته يوم الحكم عليه فاذا لم يكن يسار مما تحمل عليه أحواله قبل ذلك فهذه الحالة الاولى لانها ثابتة له يوم الحكم عليه ووجه قول ابن الماجشون ان الحالة التى فارق عليها يجب استصحابها حتى يبين خروجه عنها ووجه قول ابن كنانة ان الأحوال تختلف وتنتقل فلا يعتبر بحال والأصل العدم لا سيما فيما يثبت ولا يتعلق بالذمة

(فصل) وهذا اذا كانا حرين سواء كان ذلك قبل البناء أو بعده فان كانا عبدين أو أحدهما فان كان العبد له زوجة حرة فقد قال ابن المواز لا خلاف ان العبد عليه أن ينفق على زوجته الحرة قال مالك ويقال له انفق أو طلق وأحب الى ان تشترط عليه النفقة باذن سيده ووجه ذلك ان هذا من أحكام الزوجية فلزمت الزوج العبد كالصداق وانما يستأذن السيد لتعلق حقه بمال العبد (مسئلة) فان كانا عبدين أو كانت الزوجة أمة ففى الواضحة ان على العبد النفقة على زوجته الأمة لا على سيده وروى أشهب عن مالك لا نفقة لها الا أن تشترط عليه وذكر ابن المواز عن مالك ان الأمة ان بوئت مع زوجها

الحر أو العبد فعليه نفقتها وكسوتها وان كانت عند أهلها فلا نفقة لها الا أن تشترط ذلك عليه في عقد النكاح ثم قال أيضا ان كانت تبيت عنده بالليل خاصة فعليه نفقتها وكسوتها ثم قال لها النفقة بكل حال كانت تبيت عنده أو عند أهلها والى هذا رجع ابن القاسم وروى ابن وهب عن مالك ان كانت هي تأتيه فعليه النفقة وان كان هو يأتيها في أهلها فلا نفقة لها وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك نفقة الأمة وكسوتها على أهلها وعندهم عدتها حتى يشترط ضمها اليه وعليهم أن يرسلوها اليه في كل أربع ليال ونفقة تلك الليلة ويومها عليه وان ردها في صبيحة تلك الليلة أو تركها عندهم تلك الليلة فنفقة يوم وليلة من كل أربع ليال لازمة له وقال أصبغ النفقة عليه حيث كانت وهي مع أهلها حيث كانوا حتى يشترط ضمها اليه

(الباب الثاني فيما تسقط به النفقة من طلاق بائن أو نشوز)

أما ما يسقط النفقة عن الزوج فالطلاق البائن لانه يمنع الاستمتاع بأي وجه وقع من عوض أو غير عوض وان كانت حاملا فلها النفقة من أجل الحمل لا من أجل الزوجية لقول الله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن (مسئلة) وأما الناشز فقد قال القاضي أبو محمد لا نفقة لناشز خلافا للحكم وعلى هذا شيوخنا العراقيون وأما المغاربة فقد قال محمد بن المواز في المرأة يغيب زوجها فتخرج من منزله وتأبى أن ترجع ويأبى أن ينفق عليها حتى ترجع قال مالك لها اتباعه بذلك وروى ابن سحنون عن أبيه في المرأة تهرب من زوجها الى تونس أو تنشز عنه الأيام فتطلبه بالنفقة فقال ان فعلت ذلك بغضة فيه فلها النفقة كالعبد الآبق نفقته على سيده قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك ان النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع دون ملكه فاذا عدم التمكن لم تجب النفقة كالثمن والمثمون في البياعات ووجه القول الثاني ان النفقة في مقابلة الاستباحة فمتى كان الاستمتاع مباحا وجبت النفقة في مقابلة ذلك ولا تسقط بمنع النكاح كما لا تسقط نفقة العبد بالاباق والله أعلم

(الباب الثالث في قدر النفقة وصفتها)

فأما قدر النفقة وصفتها فقد روى ابن المواز وابن حبيب ان نفقة الزوجة بقدر العسر واليسر قال ابن القاسم ويراعى قدرها من قدره ويراعى غلاء السعر قال مالك وليس المرضع كغيرها ويفرض للمرضع ما يقوم بها في رضاعها (مسئلة) وليست النفقة بمقدرة خلافا للشافعي في قوله انها مقدرة معتبرة بحال الزوج خاصة فعلى الموسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر مد والدليل على ذلك ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لهند بنت عتبة خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ومن جهة المعنى ان أحوال الناس مختلفة فاذا خالف حال الغني حال المتوسط خالف أيضا حال الغني حال غني آخر دونه في الغنى لان الزوجة لها حق والنفقة تعلق بها فوجب أن يعتبر بحالها فيها كالمهر والله أعلم (فرع) اذا ثبت ذلك فقد روى ابن المواز عن مالك يفرض للمرأة مد بمد مروان كل يوم وهو مد وثلث بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقال ابن حبيب اتخذه هشام بن اسمعيل لفرض الزوجات فاستحسنه مالك ووجه ذلك أن هذا غالب أقوات الناس لان مد النبي صلى الله عليه وسلم لا يبلغ السعة من القوت والله أعلم قال ابن القاسم يفرض لها في الشهر ويبتان ونصف الى ثلاث ويبات قال ابن حبيب وفي الويبات اثنان وعشرون مدا بمد النبي صلى الله عليه وسلم قال وأرى القفيز القرطبي في الشهر وسطا عندنا وفيه أربعة وأربعون مدا فيحتمل أن يكون ذلك لان ابن القاسم انما فرض الويبتين ونصفا

الى الثلاث بمصر وهى أرخص سعرا وأوسع عيشا واختار ابن حبيب القفيز بالاندلس وقد قال مالك ان الويبتين وسط من الشبع بالأمصار وذلك نحو القفيز القرطبي قال مالك وان مدا بمد النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة لوسط من عيشهم فبين ان فى البلد فى ذلك تأثيرا راعى لان الناس انما يعملون على عادتهم فى سعة الأقوات وضيقها فلو ألزم رجال المدينة أقوات أهل الآفاق لاجحف ذلك بهم ولو قصر نساء أهل الآفاق على أقوات أهل المدينة لاضر ذلك بهن فكل يحمل على عادته وما ألف من قوته قال ابن القاسم ان كان ممن له السعة زيد عليه وان كانت سعته أكثر من ذلك زيد عليه أكثر من ذلك حتى الخادم ونفقتها قال ابن المواز واذا كان العيش البر فالأقل مما تعيش به وتختلف أحوال الناس فى ذلك فيكون الرجل يعمل بيديه ويقل كسبه فيفرض عليه بمصر ويبتان فى الشهر فأشار الى ان ذلك من أقل أقوات أهل مصر (مسئلة) هذا أصل القوت ويضم الى ذلك درهم الطحين والخبز والحطب والماء والزيت قال ابن حبيب وغسل ثوب وخل ولا يفرض على أهل السعة اللحم كل ليلة ولكن المرة بعد المرة قال ابن حبيب ولا يفرض لها فاكهة ولا صبر ونحوه ولا ينقص من هذا لفقرهما ولا يزاد فيه لغناهما اذا تشاجر بدوالله أعلم ان هذه وجوه لابد من استيعابها بالانفاق ولا يضاف اليها غيرها وان وقعت الزيادة والنقص فى معتاد على ما قاله ابن القاسم وقد فسر ذلك ابن المواز فقال ويضاف لذلك حناء لمشط رأسها ودهنه وسراجها وقال ابن حبيب دهن لرأسها وسراجها ابن المواز وهذا للموسر والمعسر الا ان الموسر يزاد عليه بقدره من قدره يريد فى مقادير هذه الأشياء قال فان كان العسر بينا فالأقل مما تعيش به وتختلف فى ذلك أحوال الناس قال ابن حبيب لها فى الشهر من الزيت نصف ربع ومن الخل ربع ومن اللحم على الملىء بدرهم فى الجمعة ودرهمان أو ثلاثة فى صرفها من ماء وغسل ثوب وطحن وخبز وغيره وروى أشهب عن مالك ان أراد أن يطعمها الشعير فان كان الناس قد أكلوه فذلك له وان كان القمح هو الذى يؤكل فذلك عليه ومعنى ذلك أن يكون الشعير قوت أهل ذلك البلد أو يقل القمح ويعز لغلاء السعر حتى يأكل أكثر الناس الشعير ممن هو فى منصبه وعلى مثل حاله فهذا له أن ينفق الشعير وان كان البلد قوت أهله القمح وكان وقت خصب فأراد أن يختص بالشعير لم يكن له ذلك (مسئلة) وأما الثياب فهى على ضربين ثياب لباس وهى ما تنتقل بانتقالها وثياب تلبس على وجه التغطى والغطاء والفرش واسم اللباس أظهر فى الأول فقد قال ابن حبيب عليه قميص وفرو لشتائها من لباس مثلها من جوارب أو فنليات وقميص يواريه ومقنعة وان لم تكن بخمار وان لم يكن فازار وخفان وجوربان لشتائها وقال ابن المواز عليه فى اللباس بقدرها من قدره من غير خز ولا وشى ولا حرير يريد وان كان متسعا فعليه ما يصلح للشتاء والصيف من قميص وجبة وخمار ومقنعة وسنبنية وازار وغير ذلك مما لا غنى لها عنه وان كان مثلها يلبس القطن ومثله يقدر عليه فرض عليه وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب فى العتبية فى الموسر له زوجة ذات شرف فليفرض عليه من الثياب الوسط مما لا يعريها اذا لبسته ولا يجحف بماله ولا يلزمه من العصب الاغليظه وكذلك من الشطوى والخز قال يحيى بن يحيى يعنى فى بلد يكون شئ من ذلك لباسهم ويكون ما يفرض على مثله فى قدر ماله قال أشهب منهن من لو كساها الصوف أدب وذلك على أقدارهن قال مالك لبس الصوف من لباسهن ولكن يحكم بما يرى انه من لباسها والذى ذكره ابن حبيب من الفرو والقميص عليه انما ذلك لانه كان زى بلده فى ذلك الوقت وانما يتبع فى ذلك زى الناس فى وقت الحكم ولا يخرج مع ذلك عما تقدم من أقوال العلماء (مسئلة)

وأما الوطاء والغطاء والفرش فقد قال ابن حبيب ان كانت حديثة عهد بالبناء وعندها شورتها من صداقها فلا شئ عليه وله أن ينتفع معها بأزرها و بسطها ومرافقها و وسائدها قال أصبغ انما يفرض ذلك التي لا شورة لها ولا شئ معها قال ابن حبيب فان طال العمر وخلقت الشورة أو لم يكن في صداقها ما تتشور به فعليه الوسط من ذلك للصيف والشتاء يفرض لها فراش ومرفقة وازار ولحاف ولبد للشتاء وسرير ان كان بموضع يحتاج اليه لبراغيث أو فأر أو غير ذلك والافلا سرير عليه وذكر ابن الموازعن ابن القاسم مثله الا اللبد فلم يذكره قال ابن حبيب عليه حصير من حلفاء أو بردي يكون تحت الفراش ومعنى ذلك كله ان هذا الأصل في كسوتها فيزاد في الجودة وينقص من ذلك على قدر حالها وحاله والله أعلم (مسئلة) قال ابن المواز وعليه خمار رأسها قال ابن حبيب وعليه دهن رأسها وشراء حناء ومشط وكحل وروى ابن المواز عن ابن القاسم ليس عليه نضوح ولا اصباغ ولا المشط ولا المكحلة وروى يحيي بن يحيي عن ابن وهب لها الحناء لرأسها وليس عليه الطيب والزعفران وخضاب اليدين والرجلين الا أن يشاء * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي أنه ليس عليه من زينتها الا ما تستضر بتركها اياه كالكحل الذي يضر تركه ببصر من يعتاده والمشط الذي بالحناء والدهن لمن اعتاد ذلك لان ترك ذلك لمن اعتاده يفسد الشعر ويمزقه والذي نفي ابن القاسم انما هو المكحلة ولم ينف الكحل نفسه فتضمن القولان ان الكحل يلزمه دون المكحلة وعلى هذا يلزمه ما تمتشط به من الدهن والحناء دون الآلة التي تمتشط بها (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب ان الحاكم مخير بين أن يأخذ بهذه الأشياء أو بأثمانها وذلك لانه يحتاج الامام الى أن يجتهد في صفاتها ان حضرت كما يحتاج أن يجتهد في قيمتها وان غابت فأي ذلك كان أسهل عليه وأقرب تناولا وأبين وصولا الى الحق أخذ به وكان الاختيار في ذلك اليه لانه هو الذي يقصد العدل في ذلك فله أن يصل اليه بأي وجه أمكن له وأيسر عليه (فرع) ولكم يفرض لها عليه قال ابن سحنون عن أبيه ان ذلك بقدر ما يرى السلطان من جدته فمن الناس من يجري عليها يوما بيوم ومنهم جمعة بجمعة ومنهم شهرا بشهر (مسئلة) واذا ولدت المرأة فقد قال أصبغ أجر القابلة على الزوج وقال ابن المواز ان كانت المنفعة للمرأة فذلك عليها وان كانت للولد فذلك على الأب وان كانت لهما فذلك بينهما * قال القاضي أبو الوليد أيده الله والأظهر قول ابن حبيب لانها من المؤن التي لا تستبد عنها الزوجية غالبا واذا وجبت عليه النفقة والكسوة والمرأة تنفرد بمنفعة ذلك فبأن يجب عليه ذلك ولا تنفرد المرأة بمنفعته أولى ولذلك ينفق على الحامل بسبب الحمل وان كان معظم المنفعة للحامل وليس عليه أجر الحجامة ولا الطيب قاله ابن حبيب وذلك انها من المؤن التي تندر وانما يلزم الزوج مالا تستبد منه من المؤن المعتادة كالطعام والشراب ولذلك لم تلزمه الفاكهة لما كانت مما تستبد عنها من المؤن وتستغني عن استعمالها (مسئلة) وعليه اخدامها ان كانت ممن لا تخدم نفسها لحالها وغنى زوجها وليس عليها من الخدمة الباطنة في بيتها شئ والخدمة الباطنة هي العجن والطبخ والكنس والفرش وسقي الماء اذا كان معها وعمل البيت كله وعليه أن يخدمها وان كانت من أهل الضعة وليس في صداقها ما تشترى به خادما فليس على الزوج أن يخدمها وعليها الخدمة الباطنة وأما الغزل والنسج فليس له ذلك عليها بحال الا أن تطوع وان كان الزوج مليا الا أنه في الحال مثلها مالم يكن من أشرف الرجال الذين لا يمتهنون نساءهم في الخدمة وان كان الزوج معسرا فليس عليه اخدامها وان كانت ذات قدر وشرف وعليها الخدمة الباطنة كالدنية ووجه ذلك ان الخدمة جارية

على المعتاد من الأحوال واعتبار حال الزوج فى ذلك أولى لان المنزل له والحال جارية على قدره وحال النساء فى ذلك اعتبار فان كانا رفيعى الحال فالخدمة ساقطة وان كان هو شريفا رفيع الحال فلا خدمة عليها وان لم يكن كذلك وكان غنيا روعى فى هذا شرفها مع غناه فلها الخدمة وان كان فقيرا لم ينفعها شرفها وكانت الخدمة عليها ذكر معنى ذلك كله ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ (مسئلة) والذى يلزمه من الخدمة الانفاق على خادمها وان قال أنا أدفع اليها خادما ولا أنفق على خادمها ولم ترض هى الا بخادمها فذلك لها ويلزمه أن ينفق عليه وان لم يخدمه رواه ابن المواز عن مالك ووجه ذلك ان خادمها أطوع لها وخدمة خادمها أرفع لحالها فليس عليه أن يضر بها فى ازالتها عنها وابدالها بغيرها (مسئلة) اذا كان مثلها لا تكفيها خادم واحدة وحاله يحمل لزمه أن يخدمها خدمة مثلها خلافا لأبى حنيفة والشافعى لقوله تعالى وعاشروهن بالمعروف ومن جهة المعنى أن خدمة الثانية خدمة تحتاج الزوجة اليها مع أن حالها يليق ذلك بهما فكانت لازمة للزوج كخدمة الخادم الاولى

(الباب الرابع فيما يجب من الخيار للزوجة بالاعسار عن ذلك)

مذهب مالك رحمه الله ان الاعسار بالنفقة والمؤنة يوجب الخيار للزوجة بين أن تطلق عليه وبين أن تقيم معه بلا نفقة وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يفرق بينه وبين امرأته بذلك والدليل على ما نقوله ان هذا نوع مال تستحق به النفقة فكان للاعسار بها تأثير فى ازالته كملك اليمين (مسئلة) وان أعسر بمثل قوتها غير أنه يجد أدنى من ذلك مثل أن تكون المرأة ذات الحال والشرف ممن لا تلبس خشن الثياب ولا تتناول غليظ العيش فاعدم الزوج حتى لا يجد الا كسوة دنية وقوتا دون قوت خادمها من قمح أو شعير أو سلت غير مأدوم روى يحيى عن ابن القاسم فى العتبية لا يفرق بينهما ورب بلد لا ينفق فقيرهم وغنيهم الا الشعير وقال ابن حبيب ان لم يجد الا الخبز ونحوه وما يوارى عورتها ولو بثوب واحد قال مالك من غليظ الكتان لم يفرق بينهما كانت غنية أو فقيرة ووجه ذلك انه اذا اضطر لعسره الى أن ينفق قوتا ليس من أقواتها فليس ذلك مما يوجب لها الخيار لانه واجد لقوت معتاد وانما يجب لها الخيار اذا لم يجد قوتا معتادا (مسئلة) فان عدم أحد الأمرين النفقة أو الكسوة ووجد الآخر فقد قال ابن وهب يفرق بينهما ورواه ابن حبيب عن مالك ومعنى ذلك ان طلبته ووجه ذلك انه معسر بما يلزمه لها بحق الزوجية (مسئلة) وان أعسر بالصداق قبل البناء قال سحنون أو ببعضه فلها الخيار ووجه ذلك ان المهر أكثر اختصاصا بالنكاح من النفقة لانه عوض البضع ثم ثبت وتقرر أن لها الخيار بالاعسار بالنفقة فبأن يكون الخيار بالاعسار بالمهر أولى وأحرى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان أعسر بالنفقة واختارت الفرقة فقد روى مطرف عن مالك يؤجل الشهر والشهرين قال أصبغ ان لم يطمع له بمال فلا يؤجل الا الشهر لا يبلغ الشهرين وقال القاضى أبو محمد قيل يؤجل الشهر وقيل الأيام اليسيرة الثلاثة ونحوها وهذه الرواية رواها ابن حبيب عن مالك انه قال وما علمت انه يضرب أجل فى النفقة الا الأيام اليسيرة قال محمد وقول أصحابنا فيه الشهر وقاله مالك وقال ابن وهب ويستأنى لمن لم يجد الكسوة شهرين وهذا كله على قدر الاجتهاد من الحاكم فيؤجل للذى يرجو له احراز النفقة مالا يؤجل لمن لا يرجوه أو لمن يضعف فيه الرجاء ما لم يضر ذلك بالمرأة اضرارا كثيرا وعدم بعض الأشياء أخف من عدم بعض وقد روى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب عن مالك فى واجد النفقة دون

ابن قيس عن أبي سلمة ابن عبد الرحمن أنه قال سئل عبد الله بن عباس وأبو هريرة عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها فقال ابن عباس آخر الاجلين وقال أبو هريرة اذا ولدت فقد حلت فدخل أبو سلمة ابن عبد الرحمن على أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فسألها عن ذلك فقالت أم سلمة ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بنصف شهر فخطبها رجلان أحدهما شاب والآخر كهل فحطت الى الشاب فقال الشيخ لم تحلي بعد وكان أهلها غيبا ورجا اذا جاء أهلها أن يؤثروه بها فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال عبد الله بن عمر اذا وضعت حملها فقد حلت فأخبره رجل من الانصار كان عنده أن عمر بن الخطاب قال لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد لحلت

الصداق يؤجل في الصداق ثلاث سنين وقال أيضا سنتين قال ابن حبيب عن أصبغ وان عجز عن النفقة والصداق لم يوسع له في أجل الصداق وهذا كله على ما تقدم والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا تزوجته على الغنى أو تزوجته عالمة بانه محتاج الآن تكون عرفت بانه سائل يتكفف الناس فلا حجة لها رواه ابن المواز عن مالك قال ابن حبيب عن مالك أو علمت انه فقير لا يجري النفقة على النساء لفقره فلا قول لها قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك انها راضية بعيبه فقد أقدمت على معرفتها بحاله كمشتري السلعة بها عيب يعلمه فلا رد له به (مسئلة) اذا حكم عليه بالفرقة فهي فرقة بعد البناء لم يستكمل بها عدة الطلاق ولا كانت لعوض ولا لضرر بالزوج فكانت رجعية أصل ذلك طلاق المولى وصحة رجعته معتبرة بيساره فان ارتجع كانت رجعية موقوفة فان أيسر في العدة صحت رجعته وان لم يسر حتى انقضت العدة بطلت الرجعة وبانت منه بانقضاء العدة والله أعلم

﴿ عدة المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد ربه بن سعيد بن قيس عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال سئل عبد الله بن عباس وأبو هريرة عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها فقال ابن عباس آخر الأجلين وقال أبو هريرة اذا ولدت فقد حلت فدخل أبو سلمة بن عبد الرحمن على أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فسألها عن ذلك فقالت أم سلمة ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بنصف شهر فخطبها رجلان أحدهما شاب والآخر كهل فحطت الى الشاب فقال الشيخ لم تحلي بعد وكان أهلها غيبا ورجا اذا جاء أهلها أن يؤثروه بها فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال عبد الله بن عمر اذا وضعت حملها فقد حلت فأخبره رجل من الأنصار كان عنده أن عمر بن الخطاب قال لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد لحلت ﴾ ش قول أبي هريرة وعبد الله بن عباس في الحامل برأيهما دون نص ولم تنكر عليهما أم سلمة ولا أبو سلمة ولا أحد دليل على الاجماع بالقول بالرأي والقياس فيما لم يكن عندهم فيه نص ولو كان عند أبي هريرة النص الذي أظهرته أم سلمة لاحتج به كما احتجت به أم سلمة لانهم انما كانوا يبدؤن في احتجاجهم بالنص ولو احتج به أبو هريرة لرجع عبد الله بن عباس عن مخالفته وترك معارضته كما أمسك عن المراجعة لما ورد عليه النص ولذلك روي عن ابن عباس انه رجع الى القول بحديث سبيعة وهي سبيعة بنت الحارث الأسلمية ان الحامل تحل بالوضع وبه قال علماء الأمصار ولا نعلم فيه خلافا الا ما روي عن ابن عباس وقد رجع عنه وقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه رواه الأعمش عن أبي الضحى عن مسروق قال بلغ ابن مسعود أن عليا يقول هي لآخر الأجلين يعني الحامل المتوفى عنها زوجها فقال ابن مسعود من شاء لاعنته ان هذه التي في سورة النساء القصرى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن نزلت بعد التي في البقرة والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وليس بين الحديث والآية تناف لان المراد بالآية من ليس بحامل بدليل ان الحمل استمر بها أكثر من أربعة أشهر وعشر لم تنقص العدة بأربعة أشهر وعشر فتضمنت الآية حكم الحامل والحديث تضمن حكم الحامل وهو من آخر ما حكم به النبي صلى الله عليه وسلم لان سبيعة الأسلمية كانت تحت سعد بن خولة فتوفي عنها بمكة في حجة الوداع وأما عبد الله بن مسعود فذهب الى معنى النسخ ولذلك قال أنزلت الآية التي في سورة

* وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن المسور بن مخرمة انه أخبره أن سبيعة الاسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حللت فانكحي من شئت * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان ابن يسار أن عبد الله بن عباس وأباسلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفا في المرأة تنفس بعد وفاة زوجها بليال فقال أبو سلمة اذا وضعت ما في بطنها فقد حلت للازواج وقال ابن عباس آخر الاجلين فجاء أبو هريرة فقال أنا مع ابن أخي يعني أباسلمة فبعثوا كريبا مولى عبد الله بن عباس الى أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فجاءهم فاخبرهم أنها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت * قال مالك وهذا الامر الذي لم يزل عليه أهل العلم عندنا

﴿مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن سعيد بن اسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريعة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها أنها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله أن ترجع الى أهلها في بني خدرة فان زوجها خرج في طلب أعبدله أبقوا حتى اذا كانوا بطرف

النساء القصرى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن بعد التي في البقرة والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقدمنا القول في ذلك بما تقتضيه أصول أصحابنا والله أعلم وأحكم

(فصل) وسؤال أبي سلمة عن ذلك أم سلمة لما رجا أن يكون عندها من العلم في ذلك فكان الامر على ما ظنه وأخبرته ان سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها قد حللت فانكحي من شئت وأخبر صلى الله عليه وسلم انها قد حلت بالولادة حلا تستبيح به نكاح من شاءت وأما ما رجاه أبو السنابل قيل اسمه بعكك بن الحاج العبدري من أن يؤثره بها من غاب من أهلها اذا قدموا فانما معناه ان يصرفوا رغبتها عنه الى الرغبة فيه لا انهم يملكون اجبارها على ما لا تريده من ذلك والله أعلم

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها لم يدفن بعد حلت يريد ان ولادتها اذا كانت بعد وفاته ولو قبل ان يدفن فقد فات ولا يراعى في ذلك مضي مدة وانما يراعى ولادتها بعد وفاته

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن المسور بن مخرمة أنه أخبره أن سبيعة الاسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حللت فانكحي من شئت * مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأباسلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفا في المرأة تنفس بعد وفاة زوجها بليال فقال أبو سلمة اذا وضعت ما في بطنها فقد حلت للازواج وقال ابن عباس آخر الأجلين فجاء أبو هريرة فقال أنا مع ابن أخي يعني أباسلمة فبعثوا كريبا مولى عبد الله بن عباس الى أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فجاءهم فأخبرهم أنها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت * قال مالك وهذا الامر الذي لم يزل عليه أهل العلم عندنا ﴾ ش قوله اذا وضعت ما في بطنها فقد حلت يريد انقضت ولادتها فان كان الولد واحدا حلت بتمام ولادته وان كان توأمين فولدت أحدهما لم تنقض عدتها الا بوضع الثاني قال أشهب وتنقضي العدة في الوفاة بوضع العلقة والمضغة وأما الدم المجتمع فلا تنقضي به عدة وقال مالك في المدونة وما ألقته المرأة من مضغة أو علقة أو شيء يستيقن انه ولد فانه تنقضي به العدة وتكون به الامة أم ولد وليس هذا بخلاف لقول أشهب لأنه أراد به الدم السائل الذي جرت العادة أن تقذفه الارحام من حيض أو غيره مما يعلم انه ليس بولد أولا يعلم انه ولد وأما العلقة تقع بها براءة الرحم فانها ليست بدم سائل بل هو مجتمع على صفة يعلم بها انها ولد

﴿ مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ﴾

ص ﴿ مالك عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريعة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها أنها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله أن ترجع الى أهلها في بني خدرة فان زوجها خرج في طلب أعبدله أبقوا حتى اذا كانوا بطرف

القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع الى أهلي في بني خدرة فان زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة قالت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم قالت فانصرفت حتى اذا كنت في الحجرة ناداني رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر بي فنوديت له فقال كيف قلت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي فقال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان بن عفان أرسل الي فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم للفريعة نعم لتنتقل الى بني خدرة في عدتها من وفاة زوجها ثم استرجعها بعد ذلك فلما رددت عليه القصة منعها من ذلك وأمرها أن تمكث في بيتها حتى تنقضي عدتها فيحتمل أن يكون على وجه النسخ للحكم الاول ويحتمل أن يكون اعتقد أولا في قولها ان زوجها لم يتركها في مسكن يملكه ولا يملك سكناه وكان لفظها محتملا لذلك فأمرها بالانتقال على ذلك ثم رأى أن لفظها محتمل فاسترجعها وأمرها بأن تعيد عليه قصتها فتبين له من اعادتها انها نفت أن يكون ترك منزلا يملك رقبته وانها مع ذلك في منزل قد ملك زوجها سكناه اما بكراء أو هبة أو وجه من الوجوه فأمرها بالمقام واتمام العدة فيه (مسئلة) فاذا كان الزوج يملك رقبة المسكن فان للزوجة العدة فيه وعليه أكثر الفقهاء مالك وأبو حنيفة والشافعي والاوزاعي والثوري وغيرهم وبه قال عمر وعثمان وابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وأم سلمة وروي عن ابن عباس وعائشة وجابر بن عبد الله تعتد حيث شاءت والدليل على صحة القول الاول حديث الفريعة وأمره صلى الله عليه وسلم لها أن تمكث في بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله وأنها امتثلت ذلك بان اعتدت فيه عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا وهذا حديث ثابت رواه عن سعيد بن اسحق مالك والثوري ووهيب بن خالد وحماد بن زيد وعيسى بن يونس وعدد كثير وابن عيينة والقطان وشعبة وقد رواه مالك عن ابن شهاب لم يروه عنه غيره وقد أخذ به عثمان بن عفان وقال القاضي أبو اسحق وهو الناسخ لقول الله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا الى الحول غير اخراج ومن جهة المعنى ان هذه عدة فكان من حكمها المسكن للزوجة كالمطلقة قال القاضي أبو اسحق وانه قد احتيط في عدة المتوفى عنها زوجها أكثر مما احتيط في المطلقة لوت من كان يطلب بالنسب فثبتت عدة المتوفى عنها زوجها في حكم غير المدخول بها ولم تثبت عدة المطلقة بها في غير المدخول بها وجعلت عدة المتوفى عنها زوجها الشهور دون الحيض احتياطا عليها لان الشهور يظهر أمرها والحيض يخفى أمره ثم ثبت وتقرر أن السكنى مراعى في المطلقة حفظا للنسب فبأن تثبت في حكم المتوفى عنها زوجها أولى وأحرى وهذا معنى ما أشار اليه القاضي وربما وصلته بما يتممه والله أعلم (فرع) وهل يجوز بيع الدار اذا كانت للمتوفى وأراد ذلك الورثة الذي عليه جمهور أصحابنا ان ذلك جائز ويشترط فيه العدة للمرأة قال ابن القاسم لانها أحق بالسكنى من الغرماء وقال محمد بن عبد الحكم البيع فاسد لانها قد ترتاب فتمتد عدتها وجه قول ابن القاسم ان الغالب السلامة والريبة نادرة وذلك لا يؤثر في فساد العقود لاسيما اذا كان القصد لا يؤثر في ذلك ووجه قول ابن عبد الحكم ان اختلاف مدة القبض اذا كان فيها تفاوت أثرت في فساد العقد كما لو كانت السكنى لغير الزوجة (فرع) فان وقع البيع فيه بهذا الشرط فارتابت قال مالك في كتاب محمد هي أحق بالمقام حتى تنقضي الريبة وأحب الينا أن يكون المشتري بالخيار في فسخ البيع وامضائه ولا يرجع بشيء لانه داخل في العدة المعتادة ولو وقع البيع

بشرط زوال الريبة كان فاسدا وقال سحنون لا حجة للمشترى وان تمادت الريبة الى خمس سنين لانه دخل على العدة والعدة قد تكون خمس سنين ونحو هذا روى أبو زيد عن ابن القاسم وهذا عندى على قول من يرى للمبتاع الخيار وأما على قول من يلزمه ذلك فلا تأثير للشرط والله أعلم ووجه قول مالك أن البيع يصح لانه انعقد على المعتاد من العدة فان أتى من الريبة غير المعتاد كان له الخيار ووجه قول سحنون انه انما دخل على أقصى أمد الحل فان انقضت العدة قبل ذلك فلا رجوع عليه والله أعلم (مسئلة) وان كان السكنى للزوج دون الرقبة فلها السكنى فى مدة العدة خلافا لابى حنيفة والشافعى والدليل على ما نقوله ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال للفريعة بنت مالك وقد علم أن زوجها لم يملك رقبة المسكن أمكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ولا يمكن أن يأمرها بذلك اذا لم يملك الزوج الرقبة ولا السكنى وكانت الدار لمعين للاجماع على أنه ليس لها ذلك ولا يحمل على أن المنزل كان لها أوله لما روى وهب بن خالد أنها قالت ان زوجها لم يدع منزلا يملكه ولا نفقة وانى امرأة شاسعة الدار فان رأيت أن أتحول الى أهلى وجيرانى أو قالت أهلى وأهل دارى وهذا يدل على أنها لم تسكن لها دار ولا جيران هناك وروى معمر عن الزهرى أنها ذكرت للنبى صلى الله عليه وسلم أن زوجها قتل وانه تركها فى مسكن لها واستأذنته فى الانتقال وذكر الحديث ومن جهة المعنى انه ترك دار سكنى يملك سكناها ملكا لا تباعة عليه فيه فلزم أن تعتد الزوجة فيه أصل ذلك اذا ملك رقبتها (مسئلة) واذا كان قد أدى الكراء فان كان لم يؤده فالذى فى المدونة انه لا سكنى لها فى مال الميت وان كان موسرا وروى محمد عن مالك الكراء اللازم للميت فى ماله ولا تكون الزوجة أحق بذلك وتحاص الورثة فى السكنى وللورثة اخراجها الا أن تحب أن تسكن فى حصتها وتؤدى كراء حصصهم ووجه ذلك ان حقها انما تعلق بما يملكه من السكنى ملكا تاما وانما ملك العوض الذى بيده ولا حق فى ذلك للزوجة الا بالميراث دون السكنى لان ذلك مال وليس بسكنى واذا ملك السكنى ملكا تاما تعلق حق الزوجة به والله أعلم (مسئلة) وان رضى الورثة فى مدة الكراء وأهل الدار بعد انقضاء مدة الكراء أن يأخذوا منها الكراء ويقروها على السكنى لم يكن لها الخروج قال فى المدونة الا أن يطلب منها ما لا يشبه من الكراء فلها الخروج ووجه ذلك ان السكنى لها لازم فى ذلك المسكن وانما للورثة وصاحب الدار فى الدار حق تقدم على حقها لانه حق متعلق بعين الدار فاذا أسقطوا حقهم ذلك ورضوا بعوضه على المعتاد لزمها المقام فان كان نقد بعض الكراء فلها السكنى فى جميع ما نقد فيه وهى فى باقى المدة مما لم ينقد فيها على ما تقدم (مسئلة) ولو كان قد طلقها واحدة أو البتة قال فى المدونة واحدا بائنا أو ثلاثا ثم مات فى العدة فقد لزمه السكنى وهو فى ماله وان لم يكن نقد وروى ابن نافع فى المدونة أنه كالمتوفى عنها زوجها ولم تطلق وجه القول الأول انها مطلقة قد ثبت لها حكم السكنى وانما تعتد عدة المطلقة فثبت لها فى السكنى حكم المطلقة ووجه الرواية الثانية ان ملكه قد زال عن ماله فلم تلزمه النفقة فى السكنى أصل ذلك التى لم تطلق (مسئلة) وهذا اذا ملك السكنى لمدة معينة بكراء أو اسكان مثل أن يسكن عشرة أعوام فيتوفى عند انقضائها أو قبل انقضائها بشهر فان لصاحب الدار ولمن صارت اليه السكنى بعد تلك المدة اخراجها منها وفى وثائق أبى عبد الله بن العطار أن هذا حكم زوجة امام المسجد يموت وهو ساكن فى دار المسجد لانه انما يسكنها على سبيل الأجرة فتى تخرج من الدار بعد وفاة زوجها ان أحب أهل المسجد (فرع) هذا المشهور من قول أصحابنا وقد ذكر بعض القرويين ان هذا انما هو اذا كان الكراء كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا وأما

اذا وقع الكراء على سنة بعينها فسواء انقد الكراء أو لم ينقد المرأة أحق بالمسكن وذكر عن أبي قرة عن مالك انه فرق بين أن يكون الكراء كل سنة بكذا وبين أن يكريها سنة بعينها وهذا مخالف لما تقدم من رواية ابن المواز واختار الشيخ أبو محمد عبد الحق رواية أبي قرة (مسئلة) وان كان السكنى غير مقدر مثل أن يسكن الدار حياته ثم هي حبس على غيره بعده فمات الأول فقد قال مالك لا أرى للذى صارت اليه الدار أن يخرجها حتى تنقضي عدتها وكذلك قال ابن القاسم في الأمير يموت وهو ساكن في دار الامارة ووجه ذلك ان الاسكان لما تضمن الحياة الى حين وفاته تضمن ما يلزم من السكنى بعد وفاته وأما من أسكن مدة مقدرة فلم يتضمن اسكانه ذلك لان هذه المدة يصح أن تنقضي في حياته والله أعلم

(فصل) وقولها ولم يترك نى في مسكن يملكه ولا نفقة يحتمل أنها اعتقدت أن المتوفى عنها زوجها نفقة في ماله ويحتمل وهو الأصح عندى أنها جعلت ذلك من عذرها في الانتقال الى بنى خدرة قومها لان اكتسابها نفقتها والتسبب فيها هناك أمكن لها حين لم يكن زوجها ممن ترك مالا تنفق على نفسها ميراثها منه ولذلك لم يستدع مما عرضته من حالها الا الانتقال الى قومها (مسئلة) والمتوفى عنها زوجها لا نفقة لها وان كانت حاملا قال القاضي أبو محمد لان نفقة الحمل ليست بدين ثابت فيتعلق بماله بعد موته بدليل انه يسقط عنه بالاعسار فبأن يسقط بالموت أولى وأحرى

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم امكثى حتى يبلغ الكتاب أجله يحتمل انه أمرها بذلك لما كان زوجها أدى كراء المسكن أو كان أسكن فيه الى وفاته أو ان أهل المنزل أباحوا لها العدة فيه بكراء أو بغير كراء أو ما شاء الله تعالى من ذلك مما رأى به ان المقام لازم لها حتى تنقضي عدتها وذلك المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر والأصل في ذلك قول الله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا (فرع) ومن مات أو طلق من تعتد بالشهور فقد روى ابن المواز عن مالك تعتد الى مثل تلك الساعات التى مات فيها أو طلق ثم رجع فقال أرى أن تلغى ذلك اليوم قال وتحصى ما بقى من هذا الشهر وتحسب بعد تمامه بالاهلة بالوفاة وتتم على بقية الشهر الأول ثلاثين يوما كان تاما أو ناقصا ثم عشرة أيام (مسئلة) وعدة الوفاة تلزم الحرة والامة والصغيرة والكبيرة والتى لم تبلغ حد المحيض والتى حاضت واليائسة من المحيض دخل بها أو لم يدخل وعدة جميعهن على ما قدمناه أربعة أشهر وعشر الا الامة فعدتها من الوفاة شهران وخمس ليال اذا كانت ممن تحيض فان كانت ممن لم تحض أو يائسة من المحيض فقد قال مالك عدتها ثلاثة أشهر قال أشهب الا أن يؤمن من مثلها الحمل فتستبرأ بشهرين وخمس ليال وروى ابن المواز عن مالك ان عدة الامة في الوفاة شهران وخمس ليال ان مرت في ذلك بوقت حيضتها فحاضت واذا لم يمر بها وقت حيضتها فعدتها ثلاثة أشهر ولو مر عليها في الثلاثة الاشهر وقت الحيضة فلم تحض رفعت الى التسعة أشهر كالحرة وجه القول الأول انها اذا كانت ممن لا تحيض فلا تبرأ بأقل من ثلاثة أشهر لقول الله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن وهذا عام في المطلقة وغيرها ويجب أن يكون هذا مبنيا على قول من راعى الحيضة في مدة العدة على كل حال فان عدمت الحيضة فلا يبرئها الا ثلاثة أشهر ووجه قول أشهب ان الشهرين وخمس ليال عدتها الا انها على النصف من عدة الحرة كالاقراء لما كانت أصلا في عدة المطلقة كانت الامة في ذلك على النصف من عدة الحرة غير انها ان كان يخاف عليها الحمل أكملت الشهور الثلاثة لانه لا يتبين حملها في أقل من

ثلاثة أشهر ووجه القول الثالث قول مالك ما قال عنه بعض أصحابه انا لم نجد في الاصول رحما برأ من وطء بغير حيض ممن يمكن منها الحمل بأقل من ثلاثة أشهر (مسئلة) فان كانت ممن تحيض كل شهر فلم تحض في مدة العدة فهذه ريبة على رواية ابن المواز وغيره عن مالك ترفع الى تسعة أشهر حرة كانت أو أمة ورواه عن ابن القاسم ومطرف وأصبغ وروى سحنون وابن حبيب عن أشهب وابن الماجشون تبرأ الحرة بانقضاء الاربعة الأشهر والامة بانقضاء ثلاثة أشهر ووجه القول الأول خلافا لأبي حنيفة والشافعي ماقال القاضي أبو محمد من انها انثى من ذوات الاقراء لم تتبين براءة رحمها فلم تبرأ الا بالحيض أو التربص القائم مقام الحيض كالمطلقة ووجه القول الثاني قوله تعالى يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ولم يعتبر حيضا ولا غيره ولان الاستبراء اذا تعلق بالشهور وكانت أصلا فيه لم يعتبر بالحيض كالتي لم تحض (مسئلة) فان كانت ممن تحيض من ستة أشهر أو خمسة الى مثلها فانقضت عدتها من الوفاة فلم يأت فيها وقت حيضتها قال مالك في كتاب ابن سحنون وابن المواز انها قد حلت وان قرب وقت حيضها وقال ابن القاسم في العتبية ينظر اليها النساء فان لم يرين بها ريبة حلت وروى أشهب عن مالك انه قال لابن كنانة تقيم حتى تحيض ثم رجع مالك الى ماذكرناه ووجه الرواية الأولى ماقال القاضي أبو محمد ان سبب تأخير الحيض العادة لا الريبة وكانت كاليائسة * قال القاضي أبو الوليد وعندي انها مبنية على ان الحيض لا يراعى في مدة الحيضة وانما تستراب بغير العادة من غير أن يكون شرطا في تمام العدة ووجه الرواية الثانية ان ذلك مبني على أن الحيضة تراعى في تمام العدة كالتي تحيض كل شهر (مسئلة) وهذا في المدخول بها وأما غير المدخول بها فقد قال القاضي أبو محمد تبرأ بمضي المدة وان تأخر حيضها والذي روى ابن المواز وسحنون عن مالك في المدخول بها وغير المدخول بها تعتد أربعة أشهر وعشرا الا أن ترتاب احداهما بتأخير الحيضة عن وقتها فترجع الى تسعة أشهر لأنه غالب أمد الحمل فتحل الا أن تحس تحريكا فتقيم الى أقصى أمد الحمل والله أعلم (مسئلة) فان كانت عادتها بالحيض كل شهر فلم تحض في الاربعة أشهر والعشرة أيام الا حيضة واحدة قال القاضي أبو محمد ان ذلك يجزئها وروى ابن سحنون وابن المواز عن مالك الا أن ترتاب احداهن بتأخير الحيضة عن وقتها فترجع الى تسعة أشهر الحرة والامة غير انهما قد رويا عن مالك انه قال باثر ذلك الا أن تحيض الحرة قبل التسعة وبعد الاربعة أشهر وعشر والامة بعد شهرين وخمس ليال فتحل حينئذ فيحتمل أن يريد ان الريبة انما تكون بتأخير الحيض كله في مدة العدة ويحتمل أن يريد ان الريبة تحصل بتأخير الحيضة الاخيرة الا ان الحيضة الواحدة بعد أربعة أشهر وعشر تبرئ لانها جاءت في وقت الريبة لا في وقت العدة (مسئلة) وأما المستحاضة فعدتها في الوفاة حرة كانت أو أمة تسعة أشهر لان الاستحاضة ريبة بانقطاع الحيض فكما ان المرتابة بانقطاع الحيض في عدة الوفاة ترفع الى تسعة أشهر فكذلك المرتابة بالاستحاضة اعتبارا بتساويهما في عدة الطلاق (مسئلة) وأما الكتابية فان كانت غير مدخول بها ففي المدونة انه لا عدة عليها وهذا يقتضي أن تتزوج مسلما أو غيره اثر وفاته لانه اذا لم يكن عليها عدة للوفاة ولا استبراء للدخول فقد حلت للازواج وأما المدخول بها فقد قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان احداهما انها كالمسلمة قال مالك تجبر على العدة وتمنع من النكاح وعليها الاحداد والرواية الثانية انها تستبرئ رحمها بثلاثة أشهر ومعنى ذلك على ماقاله ابن القاسم في المدونة ان ذلك اذا أراد أن يتزوجها مسلم قال القاضي أبو محمد والقول في الكتابية التي لم يدخل بها على هاتين الروايتين فوجه الرواية الأولى قول الله

تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وهذا عام في المسلمة والكتابية ولان كل من ساوت المسلمة الحرة في عدة الطلاق ساوتها في عدة الوفاة كالمسلمة ووجه الرواية الثانية انه يتعلق بعدتها حقان حق للمخلوق وهو حفظ النسب وحق لله تعالى فاما حق المخلوق فذلك يلزمها ولا يبرئها الا الاستبراء رحمها وذلك يحصل بالأشهر الثلاثة وما زاد على ذلك فحق لله تعالى ولا يصح منها أداء حقوقه الا بعد الايمان به

(فصل) وقولها ان عثمان بن عفان سألها عن ذلك فأخبرته بذلك فقضى به يقتضي اجماع الصحابة على العمل باخبار الآحاد وان خبر المرأة مما يعمل به ولذلك سألها عثمان عن خبرها فقضى به لما أخبرته عنه وسماع هذا من خبر الفريعة حتى كان الامراء يرسلون اليها ويسألونها عن ذلك ويقضون به ولم ينكره أحد من الصحابة ولا ممن عاصرهم من التابعين ولذلك روى وهب بن خالد عن سعد بن اسحق بالاسناد انه لما كان في خلافة عثمان كان هذا في بعض أهله فسأل الناس هل عند أحد علم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا فقال رجل من أهل الانصار ان فريعة تحدث فيه بحديث وهي حية قالت فأرسل الى فسألني عنه فحدثته فأخذ به ص ❊ مالك عن حميد بن قيس المكى عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء يمنعهن الحج ❊ ش قوله ان عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء يريد انه كان يرى اعتداد المرأة في منزل زوجها المتوفى عنها لازما لها فلا يجوز لها أن تخرج في حج ولا غيره حتى تنقضي عدتها وقد روى ابن القاسم عن مالك في تفسير هذا الحديث انما ذلك لمن كانت من أهل المدينة وما قرب منها لم يحرمن فاذا أحرمن نفذن وبئس ما صنعن (مسئلة) وهذا فيما قرب جدا وأما التباعد فعلى ضربين تباعد ليس في الرجوع منه مشقة ولكن تحتاج فيه الى ثقة ترجع معه وتباعد تلحق فيه المشقة فاما القسم الاول فقد قال ابن القاسم في المدونة ليس لها أن تحج الفريضة حتى تنقضي عدتها من وفاة أو طلاق فكان عمر بن الخطاب يرد من خرج منهن في حج من البيداء ولا يمنع توجهها في الحج من ردها الى استكمال عدتها حيث لزمتها بقرب الموضع وقال ابن القاسم في التي تخرج من الاندلس تريد الحج لو لم تكن سافرت الامسيرة يوم أو يومين أو ثلاثة فهلك زوجها قال مالك في التي تخرج تريد الحج فانه ان كان أمرا قريبا ونجد ثقة رجعت فاعتدت في بيتها ولو وصلت افريقية ثم توفي زوجها تنفذ لحجها لانها قد تباعدت (مسئلة) ولو كان خروجه منتقلا تاركا لاستيطان البلد الذي خرج منه فتوفي قبل أن يصل الى بلد آخر ففي المدونة لابن القاسم انها مخيرة بين أن تنفذ أو ترجع لان هذه ليس لها منزل فتختار الآن موضعا تعتد فيه قال ابن القاسم ولها أن تعتد بالموضع الذي توفي زوجها أو تنصرف الى ما يقرب من المدائن والقرى فتعتد فيها ص ❊ مالك عن يحيى بن سعيد انه بلغه ان السائب بن خباب توفي وان امرأته جاءت الى عبد الله بن عمر فذكرت له وفاة زوجها وذكرت له حرثا لهم بقناة وسألته هل يصلح لها أن تبيت فيه فنهاها عن ذلك فكانت تخرج من المدينة سحرا فتصبح في حرثهم فتظل فيه يومها ثم تدخل المدينة اذا أمست فتبيت في بيتها ❊ ش نهي عبد الله بن عمر أن تبيت المرأة في حرثها التي جاءته تسأله وهي أم سليم امرأة السائب بن خباب لما توفي عنها ولزمتها العدة في بيتها فنهاها عن المبيت في حرثها في مدة عدتها لما قدمناه من انها تلزمها السكنى في بيت زوجها ومعنى السكنى ومعظمه المبيت لانه وقت السكون والاستقرار في المسكن فلم يكن لها أن تخل به وان كان لها أن تتصرف بالنهار وقد تقدم الكلام فيه قال مالك لها أن تخرج سحرا قبل الفجر

❊ وحدثني عن مالك عن حميد بن قيس المكى عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء يمنعهن الحج

❊ وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه بلغه أن السائب بن خباب توفي وان امرأته جاءت الى عبد الله بن عمر فذكرت له وفاة زوجها وذكرت له حرثا لهم بقناة وسألته هل يصلح لها أن تبيت فيه فنهاها عن ذلك فكانت تخرج من المدينة سحرا فتصبح في حرثهم فتظل فيه يومها ثم تدخل المدينة اذا أمست فتبيت في بيتها

وتأتى بعد المغرب مابينها وبين العشاء ومعنى ذلك انه لا يفوتها بهذا مقصود المبيت فى بيتها (مسئلة) والمتوفى عنها زوجها تحضر العرس ولا تلبس مالا تلبسه الحاد ولا تبيت الا فى بيتها رواه فى العتبية ابن القاسم عن مالك (مسئلة) المتوفى عنها زوجها ان كانت مدخولا بها اعتدت فى بيت سكناها مع زوجها وان كانت غير مدخول بها اعتدت حيث كانت تسكن عند أبويها لان ذلك هو المسكن الذى كانت تسكنه فتعلق حكم سكناها به قاله ابن القاسم قال وكذلك الأمة المتوفى عنها زوجها قال مالك تعتد حيث كانت تبيت لان موضع المبيت هو موضع السكنى ولذلك كان معنى المبيت هو معنى السكنى اذا كان مبيتا متواليا على وجه الاستقرار لا على وجه الزيارة (مسئلة) والكتابية يموت عنها زوجها المسلم قال مالك فى المدونة تجبر على العدة وتمنع الانتقال حتى تنقضى عدتها وسبيلها فى أحكام العدة سبيل الحرة المسلمة ووجه ذلك انه حكم تعلق بها للمسلم فلزمها قضاؤه على حكم الاسلام كسائر الحقوق (فرع) واذا مات سيد أم الولد وأعتقت فابن القاسم لا يرى لها السكنى ولا المقام به ورآه أشهب لها وعليها على تضعيف من غير ايجاب رواه ابن المواز عنهما ص ﴿ مالك عن هشام ابن عروة عن أبيه انه كان يقول فى المرأة البدوية يتوفى عنها زوجها انها تنتوى حيث انتوى أهلها قال مالك وعلى هذا الأمر عندنا ﴾ ش قوله فى المرأة البدوية تنتوى حيث انتوى أهلها يريد أصحاب العمود دون أصحاب القرى فاذا توفى عنها زوجها وهذا حالهم افترق الجمع الذى كانت فيهم فصار أهلها وبنو أبيها الى جهة وصار أهل زوجها الى جهة أخرى صارت مع أهلها وآوت اليهم وكانت معهم لانه لا يمكنها البقاء فى الموضع الذى كانت به حين الوفاة لانتقال أهله عنه ولم يكن وطنا لزوجها فيكون أحق بسكناها من غيره انما هم قوم يتبعون الكلأ وينتجعون المياه ويجتمعون اليوم فى منزل ويفترقون عند اختيار بعضهم غير الجهة التى اختارها الآخرون وليس كذلك المرأة من أهل الأمصار والقرى فانها لا تزول من مسكنها لان ذلك المنزل كان منزلا لزوجها المتوفى عنها وهى آمنة اذا أقامت فيه والمعتاد من حال أهلها وبنى أبيها المقام والاستيطان فليس لها أن تنتقل بانتقالهم حتى تنقضى عدتها وقال ابن القاسم فى الصغيرة يتوفى عنها زوجها فأراد أبوها الحج والانتقال الى بلد آخر منعوا من أن يخرجوها لان مالكا قال لا تنتقل الا البدوية (مسئلة) ولو كانت من أهل الحاضرة تخرج زوجها مبتديا فتوفى رجعت ولا تقيم تعتد فى البادية رواه ابن وهب عن مالك ووجه ذلك ان لها مسكنا فى موضع استيطان وقرار تلزمها العدة فيه فكان عليها أن ترجع اليه على ما تقدم من قولنا فى القرب والبعد وأما البدوية فليس لها مسكن فى موضع استيطان فلم يكن بعض الجهات أحق بها من بعض مع انه ليس من عادتها الاستيطان فلا تلزمها العدة الا على المعتاد من حالها

(فصل) ومعنى قوله تنتوى مع أهلها حيث انتووا تنزل حيث نزلوا من ثويت المنزل وأهلها عشيرتها الذين ترجع اليهم وتحتمى بهم والله أعلم ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول لا تبيت المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة الا فى بيتها ﴾ ش قوله رضى الله عنه لا تبيت المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة الا فى بيتها يريد البيت تسكن فيه على حسب ما كانت تسكنه قبل وفاة زوجها فان كان مسكنا واحدا فهى على ما كانت فيه وان كان فى حجرتها بيوت كثيرة وكانت تسكن بيتا منها وفيه متاعها قال مالك لا تبيت الا فى بيتها واسطوانها وبيوتها لها أن تبيت من ذلك حيث شاءت ولم تنو بذلك انها لا تبيت الا فى الذى كان فيه متاعها ووجه ذلك أن جميع المسكن الذى هى فيه من

* وحدثنى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه كان يقول فى المرأة البدوية يتوفى عنها زوجها انها تنتوى حيث انتوى أهلها * قال مالك وهذا الامر عندنا * وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لا تبيت المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة الا فى بيتها

حجرتها واسطوانها و بيتها سكن لها فلها أن تبيت حيث شاءت منه ولو كانت فى مقصورة من الدار وفى الدار مقاصير لقوم آخرين لم يكن لها أن تبيت الا فى حجرتها التى فى يدها ومعنى ذلك انه لم يكن لها سكنى بغيرها من المقاصير بل كانت مساكن لغيرها فلا يحق لها أن تعتد فيه كسائر الدور

﴿ عدة أم الولد اذا توفى عنها سيدها ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت القاسم بن محمد يقول ان يزيد بن عبد الملك فرّق بين رجال و بين نسائهم وكنّ أمهات أولاد رجال هلكوا فتزوجوهن بعد حيضة أو حيضتين ففرّق بينهم حتى يعتددن أربعة أشهر وعشرا فقال القاسم بن محمد سبحان الله يقول الله فى كتابه والذين يتوفون منكم و يذرون أزواجا ماهنّ من الأزواج * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال عدة أم الولد اذا توفى عنها سيدها حيضة * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه كان يقول عدة أم الولد اذا توفى سيدها حيضة قال مالك وهو الأمر عندنا * قال مالك وان لم تكن ممن تحيض فعدتها ثلاثة أشهر ﴾ ش قوله ان يزيد بن عبد الملك فسخ نكاح أم ولد تزوجت قبل أن تعتد أربعة أشهر وعشرا ولعل يزيد بن عبد الملك أخذ بقول سعيد بن المسيب والزهرى وعمر بن عبد العزيز ان عدة أم الولد يتوفى سيدها أربعة أشهر وعشر وروى ذلك رجاء بن حيوة وقد قيل ان قبيصة لم يسمع من عمر وقول القاسم يقول الله تعالى فى كتابه والذين يتوفون منكم و يذرون أزواجا ماهن من الأزواج انما يصح أن يحتج به على من يوجب ذلك من الآية و يتعلق بعمومها فيصح من القاسم أن يمنعه من ذلك و يقول ان اسم الأزواج لا يتناول أمهات الأولاد وانما يتناول الزوجات دون من يستباح بملك اليمين وأما من لم يتعلق بذلك فلا يصح أن يحتج عليه بما قاله القاسم لجواز أن يثبت هذا الحكم لهنّ من غير الآية بقياس أو غير ذلك من أنواع الأدلة و يحتمل أن يكون القاسم يتعلق بدليل الخطاب من الآية (فصل) وقول ابن عمر والقاسم بن محمد ان عدة أم الولد يتوفى سيدها حيضة هو قول مالك والشافعى و به قال الشعبى وأبو قلابة وأحمد بن حنبل وقال أبو حنيفة والثورى عدتها ثلاث حيض وهو قول على وابن مسعود والنخعى وقال طاوس وقتادة عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها والدليل على مانقوله ان هذه أمة موطوءة بملك اليمين فكان استبراؤها بحيضة أصل ذلك الأمة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهل هى عدة أو استبراء محض الذى ذكره القاضى أبو محمد فى معونته ان الحيضة استبراء وليست بعدة وفى المدونة عليها العدة وعدتها حيضة كعدة الحرائر ثلاث حيض . وجه القول الأول ان هذه أمة موطوءة بملك يمين فلم يجب فيها عدة وانما هو الاستبراء كالأمة التى لم تلد من سيدها ووجه القول الثانى ما احتج به من انها لو مات سيدها أو أعتقها فى حيضتها لم تجزها تلك حتى تحيض بعد وفاته بخلاف الأمة فانه اذا باعها سيدها فى أول دمها أجزأ ذلك من استبرائها ومعنى ذلك أنه يعتبر فى أم الولد الخروج من طهر الى حيض وهذا حكم العدة وأيضا فانه يقدر لها حكم الفراش بكونها أم ولد ولو زوجها فتوفى زوجها وسيدها غائب فأتت بولد بعد عدتها فزعمت انه من سيدها الحق به الا أن ينكر وطأها لانها أم ولد ولو استبرأ السيد أمته ثم أعتقها كان له أن يتزوج مكانها ولو استبرأ أم ولده ثم أعتقها لم يكن لها أن تتزوج حتى تحيض حيضة قاله مالك وجه ذلك ماقدمناه من ان أم الولد لما ثبت لها أصل لازم فى الحرية بالشرع كانت كالحرة فى وجوب العدة بأنواع الفرقة فى الحياة والموت وان كانت حيضة واحدة لنقص حرمة الأمة وانما وجبت عليها العدة حال الرق استبراء من وطء بوطء يمين

﴿ عدة أم الولد اذا توفى عنها سيدها ﴾ * حدثنى يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت القاسم بن محمد يقول ان يزيد بن عبد الملك فرق بين رجال و بين نسائهم وكنّ أمهات أولاد رجال هلكوا فتزوجهنّ بعد حيضة أو حيضتين ففرق بينهم حتى يعتددن أربعة أشهر وعشرا فقال القاسم ابن محمد سبحان الله يقول الله فى كتابه والذين يتوفون منكم و يذرون أزواجا ماهنّ من الازواج * وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال عدة أم الولد اذا توفى عنها سيدها حيضة * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم ابن محمد أنه كان يقول عدة أم الولد اذا توفى سيدها حيضة * قال مالك وهو الأمر عندنا * قال مالك وان لم تكن ممن تحيض فعدتها ثلاثة أشهر

وذلك حيضة وقد يكون استبراء محضا وقد يكون عدة كالثلاثة الأشهر ويكون استبراء ويكون عدة في المطلقة والأمة المتوفى عنها زوجها (فرع) فاذا قلنا انها عدة فقد قال مالك لا أحب أن تواعد أحدا بنكاحها حتى تحيض حيضة قال ابن القاسم وبلغنى عنه أنه قال لا تبيت الا فى بيتها فأثبت لمدة استبرائها حكم العدة وروى ابن المواز عن ابن القاسم لها المبيت فى غير بيتها فى العتق والوفاة وجه القول الأول أنه استبراء يلزم مع عدم الوطء الذى يوجب الاستبراء فكان عدة تثبت فيه أحكام العدة كعدة الحرة ووجه القول الثانى انه استبراء سببه ملك اليمين فكان استبراء كاستبرائها للبيع (مسئلة) ولو غاب سيد أم الولد عنها غيبة طويلة فتوفى بعد ما حاضت فى غيبته لم يجزها ذلك حتى تعتد بعد وفاته قاله ابن القاسم فى المدونة وكذلك لو انقضت عدتها من زوجها فلم يطأها سيدها حتى توفى فان عليها أن تعتد بحيضة والله أعلم

﴿ عدة الأمة اذا توفى زوجها أوسيدها ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار كانا يقولان عدة الأمة اذا هلك عنها زوجها شهران وخمس ليال وعن ابن شهاب مثل ذلك ﴾ ش قولهم عدة الأمة يتوفى عنها زوجها شهران وخمس ليال على ما تقدم لان عدتها نصف عدة الحرة وعدة الحرة أربعة أشهر وعشر ولا نعلم فى ذلك خلافا الا ما روى عن ابن سيرين وليس بالثابت انه قال عدتها عدة الحرة وعلى ما قدمناه الاجماع والله أعلم ص ﴿ قال مالك فى العبد يطلق الأمة طلاقا لم يبتها فيه له عليها فيه الرجعة ثم يموت وهى فى عدتها من طلاقه انها تعتد عدة الأمة المتوفى عنها زوجها شهرين وخمس ليال وانها ان عتقت وله عليها رجعة ثم لم تختر فراقه بعد العتق حتى يموت وهى فى عدتها من طلاقه اعتدت عدة الحرة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا وذلك انها انما وقعت عليها عدة الوفاة بعد ما عتقت فعدتها عدة الحرة قال مالك وهذا الأمر عندنا ﴾ ش وهذا على حسب ما قال فى الأمة التى يطلقها زوجها طلقة رجعية ثم يموت وهى فى عدتها انها تعتد عدة الأمة المتوفى عنها زوجها شهرين وخمس ليال وذلك انها لما كانت رجعية وكانت من الأزواج ما دامت فى العدة ولزمها عدة الوفاة بموته وهى أمة فكان عليها شهران وخمس ليال ولو كان الطلاق بائنا لم تنتقل الى عدة الوفاة لانها ليست من الزوجات كما لو انقضت العدة

(فصل) وقوله ولو أعتقت فى العدة ولم تختر فراقه يريد انها لو اختارت فراقه لبانت بذلك عنه ولم يكن لها حكم الزوجات ولا انتقلت الى عدة وفاة فاذا لم تختر فراقه بقيت على حكم الرجعة فكانت من الأزواج يلزمها بموته الانتقال الى عدة الوفاة فاذا توفى بعد الحرية لزمتها عدة الوفاة وهى حرة فكان عليها عدة الحرائر أربعة أشهر وعشر ولو توفى عنها وهى أمة ثم أعتقت بعد ذلك لم تكن عليها الا عدة الاماء لان العدة وجبت عليها وهى أمة فلا ينقلها عن حكم الاماء ما طرأ بعد ذلك من الحرية والله أعلم

﴿ ما جاء فى العزل ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن بن محمد بن يحيى بن حبان عن ابن محيريز أنه قال دخلت المسجد فرأيت أبا سعيد الخدرى فجلست اليه فسألته عن العزل فقال أبو سعيد الخدرى خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة بنى المصطلق فأصبنا سبيا من سبى العرب فاشتهينا النساء

يسار كانا يقولان عدة الامة اذا هلك عنها زوجها شهران وخمس ليال * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب مثل ذلك قال مالك فى العبد يطلق الامة طلاقا لم يبتها فيه له عليها فيه الرجعة ثم يموت وهى فى عدتها من طلاقه انها تعتد عدة الامة المتوفى عنها زوجها شهرين وخمس ليال وانها ان عتقت وله عليها رجعة ثم لم تختر فراقه بعد العتق حتى يموت وهى فى عدتها من طلاقه اعتدت عدة الحرة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا وذلك انها انما وقعت عليها عدة الوفاة بعد ما عتقت فعدتها عدة الحرة * قال مالك وهذا الامر عندنا

﴿ ما جاء فى العزل ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ربيعه بن أبى عبد الرحمن بن محمد بن يحيى ابن حبان عن ابن محيريز أنه قال دخلت المسجد فرأيت أبا سعيد الخدرى فجلست اليه فسألته عن العزل فقال أبو سعيد الخدرى خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة بنى المصطلق فاصبنا سبيا من سبى العرب فاشتهينا النساء

واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء فأردنا أن نعزل فقلنا نعزل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا قبل أن نسأله فسألناه عن ذلك فقال ما عليكم أن لا تفعلوا ما من نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهي كائنة ﴾ ش سؤال ابن محيريز لأبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن العزل واخباره له بما عنده في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم على حسب ما كان يفعله العلماء من الصحابة في الجواب على ما سئلوا عنه مما عندهم فيه نص وانما كانوا يفزعون الى غير النصوص من القياس والاستدلال عند عدم النصوص وأما مع وجود النصوص فكانوا لا يتعلقون بغيرها لاسيما اذا كان السائل لهم من أهل العلم وممن يرجى أن يفهم ما يرد عليه من ذلك وينقله على وجهه وغزوة بني المصطلق كانت سنة خمس

(فصل) وقوله فأصبنا سبيا من سبي العرب فاشتهينا النساء يحتمل أن يكون بنو المصطلق وان كانوا من العرب يدينون بدين أهل الكتاب من اليهود أو النصارى فلذلك جاز للمسلمين وطؤهن بملك اليمين وملك النكاح لقوله تعالى والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ويحتمل أن يكونوا ممن يدين بدين العرب فاستباح المسلمون وطء من أسلم منهن بعد الاسترقاق وامتنعوا ممن لم يكن أسلم

(فصل) وقوله واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء وأردنا أن نعزل ظاهره ان الحمل الذي يترقبه من لم يعزل يمنع الفداء وهو البيع ولا يصح أن يريد به الفداء بالرد الى الأهل على قولنا انهن قد أسلمن لان من أسلم منهن لم تكن تريد أن ترد الى الكفار مما كانوا عليه من تعذيب من أسلم والاضرار به ومع ذلك فالفداء نوع من البيع فدل هذا على أن الحمل يمنع البيع والفداء ووجه آخر وهو انه لا خلاف ان الحمل لا يمنع الفداء الذي يمنع الرد الى الأهل في غير المسلمة ولا يمنعه في المسلمة اذا أخرجت الى حرية فلم يبق الا أن يراد به ما يمنع الخروج عن ملك السيد الى الاسترقاق وعلى هذا مذهب جميع الفقهاء في جميع الأمصار انه لا يجوز بيع أم الولد والدليل على ذلك الحديث المذكور ودليلنا من جهة القياس ان هذا حمل عن ملك يمين فوجب أن يمنع بيع الحامل أصل ذلك حال الحمل ومعنى ذلك انه يعتق على أبيه بنفس حدوثه وهو في ذلك الحال عضو من أعضاء الاماء فسرى اليها حكم العتق ولم يتعجل لان انفصاله منها غايته ص ﴿ مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه انه كان يعزل * مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله عن أبي أفلح مولى أبي أيوب الأنصاري عن أم ولد لأبي أيوب الأنصاري أنه كان يعزل * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان لا يعزل وكان يكره العزل ﴾ ش ما روي عن سعد وأبي أيوب انهما كانا يعزلان وكره ذلك ابن عمر هذا مما اختلف فيه الصحابة فذهب الجمهور الى اباحته وذهب ابن عمر وغيره الى كراهيته وقال بعضهم هو الموؤدة الصغرى وقال علي بن أبي طالب لا يكون موؤدة حتى تأتي عليه حالات الخلق السبعة فقال عمر صدقت يريد أن يكون نطفة ثم علقة ثم مضغة ثم عظاما ثم لحما ثم تصور ثم تستهل ويحتمل أن يكون من كره ذلك تعلق بقوله صلى الله عليه وسلم ما عليكم أن لا تفعلوا معناه والله أعلم لا يضركم ذلك انما هو على وجه الكراهة والندب الى ترك ذلك دون المنع والتحريم والذي عليه جمهور الفقهاء ان العزل جائز على شروط سنذكرها بعد هذا ووجه ذلك أن قوله صلى الله عليه وسلم ما عليكم أن لا تفعلوا ما من نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهي كائنة ندب منه صلى الله عليه وسلم الى نهاية التوكل واشارة الى فضيلة من عول على ذلك وهذا

واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء فأردنا أن نعزل فقلنا نعزل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا قبل أن نسأله فسألناه عن ذلك فقال ما عليكم أن لا تفعلوا ما من نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهي كائنة * وحدثني عن مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه انه كان يعزل * وحدثني عن مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله عن أبي أفلح مولى أبي أيوب الانصاري عن أم ولد لأبي أيوب الانصاري انه كان يعزل * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان لا يعزل وكان يكره العزل

* وحدثني عن مالك عن ضمرة بن سعيد المازني عن الحجاج بن عمرو بن غزية أنه كان جالسا عند زيد بن ثابت فجاءه ابن فهد رجل من أهل اليمن فقال يا أبا سعيد ان عندي جواري لي ليس نسائي اللاتي أكن بأعجب الي منهن وليس كلهن يعجبني أن تحمل مني أفأعزل فقال زيد بن ثابت أفته يا حجاج قال فقلت يغفر الله لك انما نجلس عندك لنتعلم منك قال أفته قال فقلت هو حرثك ان شئت سقيته وان شئت أعطشته قال وكنت أسمع ذلك من زيد فقال زيد صدق * وحدثني عن مالك عن حميد بن قيس المكي عن رجل يقال له ذفيف أنه قال سئل ابن عباس عن العزل فدعا جارية له فقال أخبريهم فكأنها استحيت فقال هو ذلك أما أنا فافعله يعني أنه يعزل * قال مالك لا يعزل الرجل عن المرأة الحرة الا باذنها ولا بأس أن يعزل عن أمته بغير اذنها ومن كان تحته أمة قوم فلا يعزل الا باذنهم

﴿ ما جاء في الاحداد ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن حميد بن نافع عن زينب بنت أبي سلمة انها أخبرته بهذه الأحاديث الثلاثة قالت زينب دخلت على أم حبيبة زوج النبي صلى الله عليه وسلم حين توفي أبوها أبو سفيان بن حرب فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت به جارية ثم مسحت بعارضيها ثم قالت والله مالي بالطيب من حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشرا قالت زينب ثم دخلت على زينب بنت جحش زوج النبي صلى الله

كما قال صلى الله عليه وسلم في السبعين ألفا الذين يدخلون الجنة بغير حساب انهم هم الذين لا يكتوون ولا يسترقون ولا يتطيرون وعلى ربهم يتوكلون وأباح مع ذلك الاسترقاء والاكتواء لانه ترك لنهاية التوكل ص ﴿ مالك عن ضمرة بن سعيد المازني عن الحجاج بن عمرو بن غزية أنه كان جالسا عند زيد بن ثابت فجاءه ابن فهد رجل من أهل اليمن فقال يا أبا سعيد ان عندي جواري لي ليس نسائي اللاتي أكن بأعجب الي منهن وليس كلهن يعجبني أن تحمل مني أفأعزل فقال زيد بن ثابت أفته يا حجاج قال فقلت يغفر الله لك انما نجلس عندك لنتعلم منك قال أفته قال فقلت هو حرثك ان شئت سقيته وان شئت أعطشته قال وكنت أسمع ذلك من زيد فقال زيد صدق ﴾ ش قوله انه يريد أن يعزل عن جوارية لما ذكره وتصديق زيد بن ثابت الحجاج حين قال له هو حرثك ان شئت سقيته وان شئت أعطشته على معنى اباحة ذلك وتخييره فيه وانما أمر زيد الحجاج أن يفتيه على معنى التدريب له ولعله أراد أن يجربه في مثل هذا مما علم انه سمعه منه لينشطه بذلك على طلب العلم ص ﴿ مالك عن حميد بن قيس المكي عن رجل يقال له ذفيف أنه قال سئل ابن عباس عن العزل فدعا جارية له فقال أخبريهم فكأنها استحيت فقال هو ذلك أما أنا فافعله يعني أنه يعزل ﴾ ش قوله رضي الله عنه للجارية أن تخبرهم عن العزل على معنى الاشارة الى انه يفعل ذلك مع تلك الجارية ولم يكره أن يسمع ذلك منها لما فيه من اظهار الحق فلما استحيت أعلمهم أن سكوتها انما كان من أجل الحياء وانه يفعل ذلك فتجاوز حد الاباحة له الى الاخبار عن نفسه بانه يفعله ص ﴿ قال مالك لا يعزل الرجل عن المرأة الحرة الا باذنها ولا بأس أن يعزل عن أمته بغير اذنها ومن كان تحته أمة قوم فلا يعزل الا باذنهم ﴾ ش قوله لا يعزل عن المرأة الحرة الا باذنها هو قول جماعة الفقهاء وذلك أن للحرة حقا في الاستمتاع وطلب النسل فلما لم يكن له أن يمتنع من وطئها لم يكن له أن يمتنع من انزاله كما له وأما الأمة فان لسيدها أن يعزل عنها كما له أن يمتنع من وطئها ومن كانت زوجته أمة قوم فان حق ساداتها متعلق بطلب الولد لانه يكون رقيقا لهم فلذلك لا يجوز للزوج أن يعزل الا باذنهم * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي ان للأمة فيه حقا قد ثبت بعقد النكاح فلا يجوز له أن يعزل الا باذنها واذنهم لانه وطء زوجته فللزوجة فيه حق والله أعلم

﴿ ما جاء في الاحداد ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن حميد بن نافع عن زينب بنت أبي سلمة انها أخبرته بهذه الأحاديث الثلاثة قالت زينب دخلت على أم حبيبة زوج النبي صلى الله عليه وسلم حين توفي أبوها أبو سفيان بن حرب فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت به جارية ثم مسحت بعارضيها ثم قالت والله مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشرا قالت زينب ثم دخلت على زينب بنت جحش زوج النبي صلى الله

عليه وسلم حين توفى أخوها فدعت بطيب فمست به ثم قالت والله مالى بالطيب من حاجة غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة

أشهر وعشرا قالت زينب وسمعت أمى أم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم تقول جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هى أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن فى الجاهلية ترمى بالبعرة على رأس الحول قال حميد بن نافع فقلت لزينب وما ترمى بالبعرة على رأس الحول فقالت زينب كانت المرأة اذا توفى عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيأ حتى تمر سنة ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتض به فقلما تفتض بشئ الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمى بها ثم تراجع بعد ماشاءت من طيب أو غيره قال مالك والحفش البيت الردىء وتفتض تمسح به جلدها كالنشرة * وحدثنى عن مالك عن نافع عن صفية بنت أبى عبيد عن عائشة وحفصة زوجى النبى صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج

عليه وسلم حين توفى أخوها فدعت بطيب فمست به ثم قالت والله مالى بالطيب من حاجة غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشرا قالت زينب وسمعت أمى أم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم تقول جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هى أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن فى الجاهلية ترمى بالبعرة على رأس الحول قال حميد بن نافع فقلت لزينب وما ترمى بالبعرة على رأس الحول فقالت زينب كانت المرأة اذا توفى عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيأ حتى تمر سنة ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتض به فقلما تفتض بشئ الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمى بها ثم تراجع بعد ماشاءت من طيب أو غيره قال مالك والحفش البيت الردىء وتفتض تمسح به جلدها كالنشرة * مالك عن نافع عن صفية بنت أبى عبيد عن عائشة وحفصة زوجى النبى صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج * ش قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر يحتمل أن يكون هذا الحكم يختص بالمؤمنات ويحتمل أن يكون على سبيل الترغيب فى ذلك والوعيد لمن خالفه بمعنى ان هذا لا يتركه من يؤمن بالله واليوم الآخر وهذا كقوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه وقد اختلف قول مالك فى تعلق حكم الاحداد بالكتابية يتوفى عنها زوجها المسلم فروى عنه أشهب لا احداد عليها وبه قال أبو حنيفة وروى عنه ابن القاسم وغيره ان عليها الاحداد كالمسلمة وبه قال الشافعى وجه الرواية الاولى أن الاحداد عبادة والكتابية ليست من أهل العبادة ووجه الرواية الثانية أن هذا حكم من أحكام العدة فلزمت الكتابية المسلم كلزوم المسكن والعدة (مسئلة) ومن تزوج امرأة فمات بعد بنائه بها فتبين أن نكاحهما فاسد قال ابن القاسم فى المدونة لا احداد عليها ولا عدة وتستبرئ بثلاث حيض ووجه ذلك انها ليست بمعتدة من وفاة فلم يلزمها احداد كالمطلقة * قال القاضى أبو الوليد وهذا عندى فى التى يفسخ نكاحها ولم يثبت بينهما شئ من أحكام النكاح من توارث ولا غيره وأما التى يثبت بينهما أحكام التوارث فانها تعتد عدة الوفاة و يلزمها الاحداد والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الاحداد ترك الزينة من اللباس والطيب والحلى والكحل يقال حدت المرأة فهى حاد وأحدت فهى محدة قال أبو زيد ولم يعرف الاصمعى حدت فأعلم صلى الله عليه وسلم انه محرم على النساء أن تستديم احداهن الاحداد على الميت فوق ثلاث ولم يمنع من الثلاث لكونها فى جملة ما يقصر من المدد التى ربما ترك الزينة لها من لا يقصد ذلك وربما شق فى هذه المدة التطيب والخروج عن حكم الاحداد مع فجأة أول أمر الحزن والمصيبة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الا على زوج أربعة أشهر وعشرا وهذا على معنى الايجاب

لا على معنى الاباحة فاستثنى من التحريم الايجاب وهذا يقتضي أن لفظة افعل بعد الحظر على بابها خلافا لمن قال من أصحابنا وغيرهم انها تقتضي الاباحة والله أعلم (مسئلة) وسواء كانت حرة أو أمة صغيرة أو كبيرة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا احداد على أمة ولا صغيرة والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا وقد اتفقنا على انه على الوجوب فوجب أن يحمل على عمومه ومن جهة المعنى ان كل من لزمها عدة الوفاة على زوج لزمها الاحداد كالحرة الكبيرة (فرع) اذا ثبت ذلك فليس لموالي الأمة منعها من الاحداد والمبيت في موضع عدتها وتخرج بالنهار في حوائجهم وان أرادوا بيعها لم يلبسوها ولا يصنعوا بها ما لا يجوز للحاد قاله مالك ووجه ذلك أن هذا حكم من أحكام النكاح فلم يكن لهم منعها منه كملك الزوج الاستمتاع بها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ان تحد على ميت يقتضي اختصاص هذا الحكم بالوفاة وأما حكم المطلقة فلا تعلق له بالحديث وقد قال مالك لا احداد على مطلقة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة عليها الاحداد ويروى عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والدليل على ما نقوله أن هذه مطلقة فلا احداد عليها كالرجعية ووجه آخر وهو أن المتوفى فارق زوجته وهو على نهاية الاشفاق عليها والرغبة فيها ولم تكن المفارقة من قبله فلزمها لذلك الاحداد واظهار الحزن والمطلقة فارقها مختارا لفراقها مقابحا لها فلا يتعلق بها حكم الاحداد كالملاعنة

(فصل) وقول المرأة ان ابنتي اشتكت عينها أفتكحلهما يحتمل أن تريد أنها اشتكت عينها وقد برئت أفتتمادى على الاكتحال ويحتمل أن تريد اشتكت عينها وهي الآن على ذلك الا أنها استأذنت في كحل زينة ولم تستأذن فيما تداوي به العين مما لا زينة فيه مما يجعل خارج العين أو يقطر فيه فلا تكون فيه زينة فمنعها صلى الله عليه وسلم من ذلك لما رأى أنها سائلة عما لا ضرورة بها اليه ووجدت لمالك ولم أتحققه انه قال لا تكتحل المتوفى عنها زوجها بالاثمد ولا بشيء فيه سواد ولا بصفرة أو شيء يغير الالوان ولا تكتحل بما فيه طيب ولا مسك وان اشتكت عينها وان صحت عنه هذه الرواية فمعناها أن لا تدعو الى ذلك ضرورة فقد أشار في الحديث الى انها تكتحل بما فيه صبر اذا دعت الى ذلك ضرورة وهو المعروف من مذهبه ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قد فهم منه خفة المرض ويسارة الصبر عليه وانه يرجى برؤه وتوقفه من غير كحل ولذلك قالت أم سلمة لامرأة حاد على زوجها اشتكت عينها اكتحلي بكحل الجلاء بالليل وامسحيه بالنهار وقال سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار اذا خشيت على بصرها من رمد بها أو شكوى أصابتها أنها تكتحل وتتداوى بدواء أو بكحل وان كان فيه طيب وقال ابن المواز عن مالك اكتحلت من علة وضرورة بالصبر بالليل فلتمسحه بالنهار وان كان فيه طيب عند الضرورة فدين الله يسر وقال مالك في المختصر الصغير لا تكتحل الحاد الا ان تضطر فتكتحل بالليل وتمسحه بالنهار من غير طيب يكون فيه فيحتمل أن يريد بهذا أنها لم تضطر الى الطيب

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انما هي أربعة أشهر وعشر على وجه الاخبار بمدة الاحداد الواجب على زوجة المتوفى وذلك أربعة أشهر وعشر فان ارتابت هذه المعتدة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن القاسم عن مالك أن الاحداد عليها حتى تنقضي الريبة وان بلغت خمس سنين

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وقد كانت احداكن ترمي بالبعرة على رأس الحول روى ابن

مزين عن عيسى بن وهب أنها كانت تؤتى ببعرة من بعر الغنم فترمى بها من وراء ظهرها وروى عن نافع أنها كانت ترمى بالبعرة أمامها وليس وراء ظهرها كما قال بعض الناس قال ابن وهب فذلك أجلها وقد رأيت لغيره انها كانت تتأول في ذلك لن صبرها مدة الحول على ما كانت فيه أهون عليها من الرمى بهذه البعرة وقد روى أن قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا الى الحول غير اخراج نزل في ذلك ثم نسخ بقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا تقديره على ما قال أبو الحسن الأخفش يتربصن بعد وفاتهم أربعة أشهر وعشرا

(فصل) وما ذكرته زينب من حكم الحول من أنها كانت تسكن الحفش وتلبس شر ثيابها هو معنى الاحداد فذكرهن النبي صلى الله عليه وسلم ان ما ورد به الشرع في مدة أربعة أشهر وعشر ليس مما كن يلتزمنه في حول كامل نبههن على ذلك ترغيبا لهن في التزام ما أمرهن الله به وخفف عنهن فيه من الاحداد ولا يتسرعن الى الممنوع منه بغير عذر فوجب ولا يستثقلن ما أوجب الله عليهن

(فصل) وقول مالك الحفش البيت الردىء روى ابن وهب عن مالك الحفش البيت الصغير وكذلك قال الخليل وقال أبو عبيد الحفش الدرج وجمعه أحفاش ولعله شبه البيت الصغير به وسماه باسمه

(فصل) وقوله فتفتض به قال مالك معناه تتمسح به كالنشرة وقال ابن زيد عن عيسى عن ابن وهب تفتض تمسح بيدها عليه أو على ظهره وقد قيل ان معنى ذلك أنها تنظف به حتى يصير كالفضة ويبعد هذا في شئ من الحيوان لانه لا يتأتى به هذا وانما يتأتى به ما وصفه مالك رحمه الله أو ما قاله ابن وهب وقد قال ابن مزين عن عيسى ان معنى تفتض به تتمسح به لعلها لانها كانت تقيم حولا لا تغتسل ولا تمس طيبا فيكثر عليها الوسخ وتشتد رائحة العرق فقلما تتمسح بشئ الا مات وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع ومحمد بن عيسى الأعشى مثله والله أعلم ص ﴿ مالك انه بلغه أن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت لامرأة حاد على زوجها اشتكت عينها فبلغ ذلك منها اكتحلي بكحل الجلاء بالليل وامسحيه بالنهار * مالك انه بلغه عن سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار انهما كانا يقولان في المرأة يتوفى عنها زوجها انها اذا خشيت على بصرها من رمد بها أو شكوى أصابها أنها تكتحل وتتداوى بدواء أو بكحل وان كان فيه طيب قال مالك واذا كانت الضرورة فان دين الله يسر ﴾ ش قولها رضي الله عنها اكتحلي بكحل الجلاء بالليل وامسحيه بالنهار كحل الجلاء قال أبو عبيدة هو عندنا الاثمد سمي بذلك لانه يجلو البصر فيقويه أو يجلو الوجه فيحسنه وقولها وامسحيه بالنهار يقتضي انه لو كان ظاهرا ولذلك أمرتها بمسحه بالنهار * قال القاضي أبو الوليد وذلك عندي اذا لم تدع الى ابقاعه بالنهار ضرورة من شدة مرض ومخافة على البصر وبذلك قال سالم وسليمان انها اذا خشيت على بصرها انها تكتحل ولم يخصا كحلا من كحل وانما ذلك بحسب المرض وما تدعو الضرورة اليه واباحة ذلك وان كان في الكحل والدواء طيب وأشار مالك الى أن ما أباحه من ذلك للضرورة فان دين الله يسر ص ﴿ مالك عن نافع أن صفية بنت أبي عبيدة اشتكت عينها وهي حاد على زوجها عبد الله بن عمر فلم تكتحل حتى كادت عيناها ترمضان ﴾ ش ومعنى ذلك انها أخذت بالشدة في نفسها فصبرت على ما أصابها من مرض أو رمد في عينيها ولم تكحلهما وأشفقت من معالجتهما بذلك حتى كادت عيناها ترمضان والرمض قذى أبيض تلفظه العين يقال عين رمضاء وهذا يقتضي أن

وحدثني عن مالك انه بلغه أن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت لامرأة حاد على زوجها اشتكت عينها فبلغ ذلك منها اكتحلي بكحل الجلاء بالليل وامسحيه بالنهار * وحدثني عن مالك انه بلغه عن سالم بن عبد الله وسليمان ابن يسار انهما كانا يقولان في المرأة يتوفى عنها زوجها انها اذا خشيت على بصرها من رمد أو شكو أصابها انها تكتحل وتتداوى بدواء أو كحل وان كان فيه طيب * قال مالك واذا كانت الضرورة فان دين الله يسر * وحدثني عن مالك عن نافع أن صفية بنت أبي عبيدة اشتكت عينيها وهي حاد على زوجها عبد الله بن عمر فلم تكتحل حتى كادت عيناها ترمضان

شكوى عينها كان أمراً خفيفاً لان الرمض يحدث فى العين من أيسر شكوى وهو قد أخبر أن ما أصابها كاد يبلغها ذلك ولم تبلغه وقال ابن القوطية رمضت العين ترمض اذا أضر بها القذى وهذا أشبه بنسق الحديث وظاهره فمعناه انه كاد أن يبلغ بما أصابها من شكوى عينها مع امساكها عن الكحل الى أن يضر بها الرمض والضرر واقع على مقادير مختلفة متباينة فيحتمل انه أراد الا أن كان يضر بها الرمض ضرراً يشتد عليها والله أعلم قال أبو عبيد الهروى هو رمضان بالضاد المعجمة مأخوذ من الرمضاء وهو اشتداد الحر على الحجارة حتى تحمى فتقول هاج بعينها من الحر مثل ذلك فشبه الحر الذى يظهر بالعين بذلك والمشهور من الرواية ما قدمناه والله أعلم ص ﴿قال مالك تدهن المتوفى عنها زوجها بالزيت والشيرق وما أشبه ذلك اذا لم يكن فيه طيب والله أعلم﴾ ش ومعنى ذلك انها تدهن رأسها وشعرها بالزيت والشيرق وهو زيت السمسم اذا لم يكن فيما تدهن به من ذلك طيب وقد قال فى المدونة لا تدهن بشئ من الأدهان المزينة ولا تمتشط بالحناء ولا بالكتم ولا بشئ يختمر فى رأسها ولا بأس أن تمتشط بالسدر وشبهه مما لا يختمر فى رأسها تكون له رائحة طيبة لا تمتشط به الحاد قال القاضى أبو محمد كالبان والخيرى ودهن الورد والبنفسج وما أشبه ذلك لما أمرت به من اجتناب الطيب والله أعلم وروى ابن المواز عن مالك لا تحضر عمل الطيب ولا تتجر به وان لم يكن لها كسب غيره حتى تحل (فرع) ولو مات زوجها بعد أن مشطت رأسها بشئ من ذلك ففى العتبية من رواية أشهب عن مالك لا تنفض مشطتها أرأيت لو اختضبت وقال بعض الصقليين اذا لزمت المرأة عدة الوفاة وعليها طيب فليس عليها غسله بخلاف من يحرم وعليه طيب وقد قال القاضى أبو محمد ان الكحل والحناء مما تجتنبه الحاد ولا تستعمله الا لضرورة ص ﴿قال مالك ولا تلبس الحاد على زوجها شيأ من الحلى خاتماً ولا خلخالا ولا غير ذلك من الحلى ولا تلبس شيأ من العصب الا أن يكون عصباً غليظاً ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بشئ من الصبغ الا بالسواد ولا تمتشط الا بالسدر أو ما أشبه ذلك مما لا يختمر فى رأسها﴾ ش قوله لا تلبس الحاد شيأ من الحلى خاتماً ولا خلخالا ولا غيره قال ابن مزين سألت عيسى فقلت له من الفضة والذهب قال نعم وروى ابن المواز عن مالك لا تلبس حلياً وان كان حريراً ولا خرصاً فضة ولا غيره وفى الجملة ان كل ما تلبسه المرأة على وجه ما يستعمل عليه الحلى من التجمل فلا تلبسه الحاد ولعل عيسى انما قصر ذلك على الفضة والذهب لما كان هذا المعروف ببلده ولم يكن حلى الحرير ولم يتخذ بها ولم ينص أصحابنا على الجوهر واليواقيت والزمرد وهو داخل تحت قوله ولا غير ذلك من الحلى فكل ما يقع عليه هذا الاسم ممنوع عنده والله أعلم قال القاضى أبو محمد وجميع ما يتزين به النساء لأزواجهن

(فصل) وقوله ولا تلبس شيأ من العصب الا أن يكون عصباً غليظاً قال ابن القاسم لان رقيقه بمنزلة الثياب المصبغة ولم ير غليظه بمنزلة الثياب المصبغة وروى ابن مزين عن عيسى بن دينار تلبس الحاد الوشى الغليظ وحلة يمانية غليظة وانما كره لها أن تلبس من العصب وثياب اليمن الحلل والبرود لانها زينة وتلبس الحاد من المروى والشطوى والقصبى والاسكندرانى رقيقه وغليظه وقال مالك فى المدونة لا تلبس الحاد من الثياب المصبغة الدكن والخضر والصفر والمصبغات بغير الورس والزعفران والمعصفر قال القاضى أبو محمد لا تلبس الأحمر ولا الأصفر ولا الأخضر ولا الخلوق قال مالك صوفاً كان أو كتاناً أو قطناً ولا تلبس خزاً ولا حريراً مصبوغاً بزعفران ولا عصفر ولا خضرة ولا غير ذلك قال مالك فى كتاب ابن المواز ليس لها لبس الاسود ان كان حريراً وفى المدونة وتلبس

قال مالك تدهن المتوفى عنها زوجها بالزيت والشيرق وما أشبه ذلك اذا لم يكن فيه طيب * قال مالك ولا تلبس المرأة الحادّ على زوجها شيأ من الحلى خاتما ولا خلخالا ولا غير ذلك من الحلى ولا تلبس شيأ من العصب الا أن يكون عصباً غليظاً ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بشئ من الصبغ الا بالسواد ولا تمتشط الا بالسدر أو ما أشبه ذلك مما لا يختمر فى رأسها

أبيض الحرير قال القاضي أبو محمد وتلبس من ذلك الاسود والأبيض والسابري *قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي انهم يريدون بالاسود مايسمى عندنا غرابيا وأما مايصبغ بالسماني فانه جيل ومما يتجمل به وقد قال القاضي أبو محمد كل ما كان من الألوان يتزين به النساء لأزواجهن فلتمنع منه الحاد ص ﴿ مالك انه بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة وهي حاد على زوجها أبي سلمة وقد جعلت على عينيها صبرا فقال ماهذا ياأم سلمة قالت انما هو صبر يارسول الله قال اجعليه بالليل وامسحيه بالنهار ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم اجعليه بالليل وامسحيه بالنهار يحتمل وجهين أحدهما الصبغ الذي يضارع مايتجمل به والثاني الالباس على الناس فالجاهل يقلد فيه والعالم ينكره وقد روى عن مالك والمختصر الصغير لاتكتحل الحاد الآن تضطر فتكتحل بالليل وتمسحه بالنهار من غير طيب يكون فيه ومعنى ذلك عندي بعذر المرض ومايبلغ من الألم ويبقى منه من الشدة ص ﴿ قال مالك الاحداد على الصبية التي لم تبلغ المحيض كهيئته على التي قد بلغت المحيض تجتنب ماتجتنبه المرأة البالغة اذا هلك عنها زوجها ﴾ ش وهذا على ماقال ان الاحداد يلزم الحرة الصغيرة على حسب مايلزم الكبيرة وكذلك الأمة خلافا لأبي حنيفة والأصل في ذلك ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم ان امرأة سألته عن ابنة لها توفي عنها زوجها فاشتكت عينها أفتكحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا ولم يسأل عن سنها استدل بهذا القاضي أبو محمد والدليل على ذلك من جهة المعنى ان كل من لزمتها العدة بالوفاة لزمها الاحداد كالكبيرة (مسئلة) فان كانت ممن يعقل الأمر والنهي وتلتزم ماحد لها أمرت بذلك وان كانت لاتدرك شيأ من ذلك لصغرها فروى ابن مزين عن عيسى يجنبها أهلها ماتجتنبه الكبيرة وذلك لازم لها (فرع) اذا ثبت ذلك فليس لموالي الأمة منعها من الاحداد والمبيت في موضع عدتها ص ﴿ قال مالك تحد الأمة اذا توفي عنها زوجها شهرين وخمس ليال مثل عدتها ﴾ ش وهذا على ماقال ان الأمة تحد اذا توفي عنها زوجها خلافا لأبي حنيفة لانها معتدة من وفاة كالحرة ومدة الاحداد من عدتها شهران وخمس ليال لان عدتها نصف عدة الحرة على ماتقدم من اعتدادها بالاقراء والله أعلم (مسئلة) وهذا حكم أم الولد والمكاتبة والمدبرة لان كل من لزمتها عدة وفاة من زوجها لزمها الاحداد وانما يختلف حكم الحرية والرق من ذلك في المدة فعلى الحرة أربعة أشهر وعشر وعلى من فيها بقية رق شهران وخمس ليال ص ﴿ قال مالك ليس على أم الولد احداد اذا هلك عنها سيدها ولا على أمة يموت عنها سيدها احداد وانما الاحداد على ذوات الأزواج ﴾ ش وهذا على ماقال انه ليس على أم الولد ولا الأمة احداد اذا توفي عنها سيدها لانه ليس عليها عدة المتوفى عنها زوجها وانما عليها أن تحيض حيضة بعد وفاته وهذا حكم الاستبراء أو حكم العدة وقد تقدم ذكره وبالله التوفيق ص ﴿ مالك انه بلغه ان أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كانت تقول تجمع الحاد رأسها بالسدر والزيت ﴾ ش قولها تجمع رأسها بالسدر والزيت على مايفعله نساء المشرق من أن تجمع المرأة شعرها بشئ يحفظه لها من ريحان أو سدر أو غير ذلك فاذا كانت في حال احداد لم تجمع الا بما ليس فيه رائحة طيبة كالسدر ويكون ماتجمعه به من الادهان كالخل والزيت وهو الشيرق وما أشبه ذلك مما ليس بطيب والله أعلم تم كتاب الطلاق بحمد الله تعالى وحسن عونه وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

---

*وحدثني عن مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة وهي حاد على زوجها أبي سلمة وقد جعلت على عينيها صبرا فقال ماهذا ياأم سلمة فقالت انما هو صبر يارسول الله قال اجعليه بالليل وامسحيه بالنهار *قال مالك الاحداد على الصبية التي لم تبلغ المحيض كهيئته على التي قد بلغت المحيض تجتنب ماتجتنب المرأة البالغة اذا هلك عنها زوجها *قال مالك تحد الأمة اذا توفي عنها زوجها شهرين وخمس ليال مثل عدتها *قال مالك ليس على أم الولد احداد اذا هلك عنها سيدها ولا على أمة يموت عنها سيدها احداد وانما الاحداد على ذوات الازواج *وحدثني عن مالك انه بلغه أن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كانت تقول تجمع الحاد رأسها بالسدر والزيت

 ﴿ حدثني يحيى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة بنت عبد الرحمن أن عائشة أم المؤمنين أخبرتها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وأنها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا جاء يستأذن في بيتك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أراه فلانا العم لحفصة من الرضاعة فقالت عائشة يا رسول الله لو كان فلان حيا العمها من الرضاعة دخل علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة * وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين انها قالت جاء عمي من الرضاعة يستأذن علي فأبيت أن آذن له علي حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال انه عمك فائذني له قالت فقلت يا رسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال انه عمك فليلج عليك قالت عائشة وذلك بعدما ضرب علينا الحجاب وقالت عائشة يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الرضاع ﴾

(رضاع الصغير)

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة بنت عبد الرحمن ان عائشة أم المؤمنين أخبرتها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وانها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا جاء يستأذن في بيتك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أراه فلانا لعم لحفصة من الرضاعة فقالت عائشة يا رسول الله لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة دخل علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين انها قالت جاء عمي من الرضاعة يستأذن علي فأبيت ان آذن له حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال انه عمك فائذني له قالت فقلت يا رسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال انه عمك فليلج عليك قالت عائشة وذلك بعدما ضرب علينا الحجاب وقالت عائشة يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ﴾ ش قولها لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة دخل علي مع مشاهدة ما أباحه صلى الله عليه وسلم من دخول عم حفصة من الرضاع عليها مبالغة في تحقيق الحكم وما يتعلق به لجواز أن يكون هذا الحكم يختص بذلك الانسان أو يكون هناك معنى يعتبر يقترن بكونه عمها من الرضاعة فلما قال لها صلى الله عليه وسلم نعم علمت عموم الحكم واختصاصه بمعنى الرضاع

(فصل) وقولها في الحديث الثاني ان عمها من الرضاعة جاء يستأذن عليها فأبت أن تأذن له حتى تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كان حديث عمرة هو الأول فيحتمل أن يكون ذلك العم الذي سألت عنه وأخبرها النبي صلى الله عليه وسلم بأنه لو كان حيا دخل عليها أو كان سببا من هذا العم الذي استأذن عليها بعد ذلك اما بأن يكون أخا من أب وأم لابيها من الرضاعة ويكون الثاني الذي جاء يستأذن عليها أخا لأب أو لأم فتوقعت أن يكون ذلك الحكم يختص بالعم الأول أو يكون هذا العم أرضعته زوجة أخيه وزوجها حي والعم الثاني أرضعته زوجة أخيه بعد وفاة أخيه فتوقعت أن يكون هذا الحكم مقصورا على الأول وقد روي عن الشيخ أبي الحسن انه قال هما عمان أحدهما أخو أبيها يعني أبا بكر الصديق رضي الله عنه أرضعتهما امرأة واحدة وهو الذي في حديث عبد الله بن أبي بكر والعم الثاني الذي في حديث هشام هو أخو أبيها من الرضاعة بمعنى ان أباها رضع امرأة بلبن ذلك الفحل وقد روى ابن وهب عن أبي حازم ان المرأة التي أرضعت عائشة هي امرأة أخي الذي استأذن على عائشة وهو أظهر من قول الشيخ أبي الحسن وان كان حديث عروة هو الأول فانها أيضا انما أنكرت أن يستأذن عم حفصة عليها لما اعتقدت انه ليس له تلك الرتبة من العمومة التي يستحق بها الدخول عليها ولعله كان عما لحفصة بمعنى انه كان أخا لابيها عم من الرضاعة فلما رأت النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر ذلك سألته عن عم كان لها في مثل درجته وفقده فأعلمها النبي صلى الله عليه وسلم انه لو كان حيا لدخل عليها بمثل ذلك السبب

(فصل) وقولها يا رسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل على معنى التثبت وابداء كل شبهة في النفس يعرض فيها لانها أعلمته بما لم يكن عنده من ذلك فان هذا مما لا يشك فيه أحد وانما

أنكرت أن يكون لزوج المرضعة تأثير في التحريم لما كان التحريم متعلقا بالرضاع ولا حظ له فيه فلما قال له النبي صلى الله عليه وسلم انه عمك فليلج عليك تحققت ان ما اعترض في نفسها من الشبهة ليس بشئ ولا يتعلق به حكم وثبت بذلك ان تحريم الرضاع يتعلق بجنبة زوج المرضعة كما تعلق بجنبة المرضعة.

(فصل) وقولها رضي الله عنها وذلك بعد ما ضرب علينا الحجاب تريد ان اباحة دخول العم من الرضاعة عليها كان بعد ان ضرب الحجاب ومنع أن يدخل عليهن الا ذو محرم وأما قبل أن يضرب الحجاب فلم يكن يمتنع من ذلك أحد من الاجانب والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة يقتضي ان كل من يتعلق به التحريم بسبب الولادة يتعلق به بسبب الرضاعة فكما ان الولادة تحرم الاعمام والاخوة والاجداد فكذلك سبب الرضاع ولا يمنع من ذلك أن يوجد اللبن بالمرأة دون الرجل كاللبن يوجد بالبكر لان غالب أحواله انه لا يكون الا عن ولادة ولكن يحمل ما يوجد من ذلك على عموم سببه أو خصوصه وقد وجد عيسى صلى الله على نبينا وعليه بغير أب ولم يمنع ذلك من أن يتعلق التحريم بجنبة الأب بسبب الولادة بجنبة الام (مسئلة) اذا ثبت ان للفحل تأثيرا في اللبن فان ذلك التأثير يثبت بالوطء وان لم تقترن به ولادة قاله ابن القاسم واحتج بما روى عن مالك انه قال الماء يعمل اللبن وقال صلى الله عليه وسلم لقد هممت أن أنهى عن الغيلة قال مالك والغيلة أن يطأ الرجل المرأة وهي ترضع واذا كان للوطء تأثير في اللبن وادراره دون ولادة جاز أن يكون له في التحريم تأثير كما لو تقدمته ولادة (مسئلة) لو ولدت امرأة من رجل فارضعت المولود وفطمته ثم أرضعت بعد الفصال بذلك اللبن طفلا آخر لكان ذلك الرجل أبا له قاله ابن القاسم ووجهه ان أصل ذلك اللبن من وطئه فجميعه مضاف اليه حتى يقطع بينه وبين ما يأتي بعد انقطاعه وطء لغيره (مسئلة) ولو طلقها الزوج وهي ترضع فتزوجت غيره بعد انقضاء عدتها فحملت منه ثم أرضعت طفلا قال ابن القاسم اللبن لهما ما لم ينقطع لبن الأول وقد رواه ابن نافع عن مالك ووجه ذلك ان لوطء كل واحد منهما تأثيرا في ذلك اللبن فوجب أن ينشر الحرمة في جنبته ولم يذكر محمد فحملت منه ولا معنى لاعتبار الحمل وانما يعتبر الوطء قاله القاضي أبو محمد (مسئلة) وهذا اذا كان اللبن عن وطء حلال أو حرام قاله القاضي أبو محمد لانه لبن امرأة فكان له تأثير في التحريم كما لو حدث عن وطء حلال واختلف فيه قول مالك فقال كل وطء لا يلحق به الولد فلا يحرم على الفحل ثم رجع الى أن يحرم وقال عبد الملك لا يلحقه بذلك اللبن حرمة حين لم يلحق به الولد ووجهه انه وطء زنى فلم تتعد حرمته الى جنبة الأب كحرمة النسب (مسئلة) وهذا اذا كان ما يدر من ثدي المرأة لبنا فان كان ماء أصفر أو غيره فلا يحرم رواه ابن سحنون عن ابن القاسم لان الرضاع مختص باللبن فوجب أن يختص حكمه به دون سائر المائعات (مسئلة) وهذا اذا كان اللبن بغير وطء كالبكر يمص ثديها الصبي فتدر عليه فان ذلك ينشر الحرمة بسببها دون سبب أب لانه لا أب له في الرضاع ويدل على ذلك قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ولم يفرق بين الرضاع بلبن لحمل أو غيره (مسئلة) وسواء كان لبن حية أو ميتة خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله ان هذا لبن مؤثر في التحريم ووصل الى جوف الرضيع في الحولين مع الحاجة الى الاغتذاء به فوجب أن ينشر الحرمة كلبن الحية (مسئلة) واذا در الرجل على الطفل فأرضعه قال مالك لا يحرم شيأ انما قال الله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم

ووجه ذلك أن المعتاد رضاع النساء وهذا ان وجد فنادر ولا يتعلق به حكم لانه خارج من غير مخرجه المعتاد فاشبه مص دمه ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها أخبرته ان أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد أن أنزل الحجاب قالت فأبيت ان آذن له علي فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبرته بالذي صنعت فأمرني أن آذن له علي ﴾ ش قولها ان أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها قال الشيخ أبو الحسن الدارقطني واسم أبي القعيس وائل بن أفلح وهو عم عائشة من الرضاعة وقولها وهو عمها من الرضاعة الظاهر ان أبا القعيس كان أباها من الرضاعة ولذلك ينتسب أفلح الى اخوة الا أن يكون نسب اليه لشهرته بالكنية أو غير ذلك فيكون أفلح بن أفلح أخا أبي القعيس وائل بن أفلح ولو كان أفلح أخا أبي بكر من الرضاعة لنسبته اليه لان الظاهر انها قصدت الى أن تبين وجه عمومته وتعلق التحريم الثابت له بالرضاعة

(فصل) وقولها فامرني أن آذن له علي مرتين يريد والله أعلم بما تقدم من الانتساب الذي ذكرته من كونه عمها لها ص ﴿ مالك عن ثور بن زيد الديلي عن عبد الله بن عباس انه كان يقول ما كان في الحولين وان كان مصة واحدة فهو يحرم ﴾ ش قوله ما كان في الحولين وان مصة واحدة فانه يحرم يقتضي ان مدة الحولين مدة الرضاع اذا توالى فيها الرضاع واتصل ولو فطمته أمه فاستغنى بالطعام ثم أرضعته بعد ذلك امرأة في الحولين لم يحرم ذلك الرضاع وبه قال الأوزاعي وابن القاسم وأصبغ وقال مطرف وابن الماجشون يحرم الى انقضاء الحولين وبه قال الشافعي وجه القول الأول أن الحولين مدة لنهاية الرضاع واكماله قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فعلق ذلك بارادة الاتمام ولو لم يصح فطام قبل ذلك لما علق ذلك بارادة من يريد اتمام الرضاعة ووجه القول الثاني ان للحولين اختصاصا بالرضاع فاذا وجد فيهما حرم كما لو اتصل

(مسئلة) وانما يكون ذلك اذا فصل بين الرضاع الأول والثاني فطام كامل باستغنائه عن الرضاع بما انتقل اليه من الطعام فأما فطام يوم أو يومين فانه ينشر الحرمة لان الرضاع الثاني مما يغذيه لانه لم ينتقل بعد عن التغذي قال معناه ابن القاسم والله أعلم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عمرو بن الشريد أن عبد الله بن عباس سئل عن رجل كانت له امرأتان فأرضعت احداهما غلاما وأرضعت الأخرى جارية فقيل له هل يتزوج الغلام الجارية فقال لا اللقاح واحد ﴾ ش منع عبد الله بن عباس أن يتزوج الغلام الجارية لما قدمناه من أنهما اخوان لأب من الرضاعة لان الذي در اللبن عن وطئه وأضيف اليه رجل واحد ولذلك قال عبد الله بن عباس اللقاح واحد فنص على معنى المسئلة والله أعلم ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول لا رضاعة الا لمن أرضع في الصغر ولا رضاعة لكبير ﴾ ش قوله لا رضاعة الا لمن أرضع في الصغر ولم يحد ذلك بالحولين يحتمل أن يريد ان ما قرب من الحولين في حكم الحولين دون زيادة عليهما وبه قال الشافعي وهو ظاهر ما في الموطأ عن مالك ورواه القاضي أبو الفرج عن مالك الا أن تنقص اليوم واليومين وما ينقص من الشهور اذ لا يتفق أن تكون الشهور كاملة وقد قال الله تبارك وتعالى حولين كاملين وروى اسمعيل القاضي عن ابن الماجشون الزيادة على الحولين بقدر الزيادة على الشهور ونقصانها ونحوه قال سحنون وروى عن مالك الزيادة اليسيرة على الحولين في حكم الحولين وجه القول الأول قول الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فوجه الدليل منها انه تعالى جعل

---

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها أخبرته ان أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد ان أنزل الحجاب قالت فابيت ان آذن له علي فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبرته بالذي صنعت فأمرني ان آذن له علي

* وحدثني عن مالك عن ثور بن زيد الديلي عن عبد الله بن عباس انه كان يقول ما كان في الحولين وان كان مصة واحدة فهو يحرم

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن عمرو بن الشريد أن عبد الله بن عباس سئل عن رجل كانت له امرأتان فأرضعت احداهما غلاما وأرضعت الاخرى جارية فقيل له هل يتزوج الغلام الجارية فقال لا اللقاح واحد

* وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول لا رضاعة الا لمن أرضع في الصغر ولا رضاعة لكبير

الحولين تمام الرضاعة فدل ان مازاد عليها ليس بمدة الرضاعة لان الرضاعة تمت قبلها ووجه الرواية الثانية ان مازاد على الحولين في حكم الحولين لانه لايستغنى عن الرضاع بانقضاء الحولين بل يحتاج الى تدريج فكان ماقاربهما وتم حكمهما في معناهما (فرع) فاذا قلنا باعتبار الزيادة على الحولين فكم قدر ذلك روى عبد الله بن عبد الحكم الزيادة اليسيرة وروى عبد الملك بن الماجشون الشهر ونحوه وروى ابن القاسم الشهر والشهران وروى الوليد بن مسلم والثلاثة وقال أبو حنيفة الحولان وستة أشهر بعدهما مدة الرضاع سواء فطم قبلها أو لم يفطم والدليل على مانقوله ان النص تناول حولين وانهما تمام الرضاع فانما يجب أن يكون تبعا لهما المدة اليسيرة التى ينقضى في مثلها حكم الفطام دون المدة الطويلة التى لها حكم نفسها فلا يحتاج الحولان اليها في تمام حكمها ص ﴿ مالك عن نافع ان سالم بن عبد الله أخبره ان عائشة أم المؤمنين أرسلت به وهو يرضع الى أختها أم كلثوم بنت أبي بكر فقالت ارضعيه عشر رضعات حتى يدخل على قال سالم فأرضعتنى أم كلثوم ثلاث رضعات ثم مرضت فلم ترضعنى غير ثلاث رضعات فلم أكن أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لى عشر رضعات * مالك عن نافع ان صفية بنت أبى عبيد أخبرته ان حفصة أم المؤمنين أرسلت بعاصم ابن عبد الله بن سعد الى أختها فاطمة بنت عمر بن الخطاب ترضعه عشر رضعات ليدخل عليها وهو صغير يرضع ففعلت فكان يدخل عليها ﴾ ش قوله أرسلتنى الى أم كلثوم ترضعه عشر رضعات ليدخل عليها لانها تكون خالة له من الرضاع فيحرم بذلك عليها كالو ولدته أم كلثوم وانما يجب أن تعتبر بهذا فيجعل المرضعة والدة فكل من كان يحرم عليه بها لو ولدته يجب أن تحرم عليه اذا أرضعته

(فصل) وقوله فأرضعتنى أم كلثوم ثلاث رضعات ثم مرضت يروى مرضت باضافة المرض الى سالم ويروى مرضت باضافة المرض الى أم كلثوم وهو الأظهر لان مرض سالم لم يكن يمنعها من ذلك وان منعها في وقت من الأوقات الا أن يبعد مكانه ويتعذر تكراره عليها

(فصل) وقوله فلم أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لى عشر رضعات ثم يروى عنها انها قالت ثم نسخ ذلك بخمس رضعات يحرمن ولعل ما اعتقدته من النسخ لم يظهر اليها الا ما أمرت به في قصة سالم بن عبد الله ولم تتم الخمس رضعات الناسخة عندها فلم يكن يدخل عليها وروى على بن أبى طالب وابن عباس تحرم القطرة الواحدة اذا وصلت الجوف في مدة الرضاع وبه قال سعيد بن المسيب ومالك وأبو حنيفة وروى عن عبد الله بن الزبير لاتحرم الرضعة ولا الرضعتان وروى عن عائشة عشر رضعات وروى عنها انسختها خمس رضعات والدليل على مانقوله قول الله تبارك وتعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ولم يفرق بين رضعة وأكثر من ذلك وأما الحديث الذى ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لاتحرم المصة ولا المصتان فمعناه عند شيوخنا أن المصة والمصتان لاتحرم لانه لايحصل بها اجتذاب شئ من اللبن حتى يتكرر ذلك ودليلنا من جهة المعنى ان هذا معنى ينشر الحرمة فلم تعتبر فيه الولادة والطهر ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه انه أخبره ان عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم كان يدخل عليها من أرضعته اخواتها أو بنات أخيها ولا يدخل عليها من أرضعه نساء اخوتها ﴾ ش قوله كان لا يدخل عليها من أرضعه نساء اخوتها ظاهره خلاف لما روته عن النبى صلى الله عليه وسلم انه أذن لها أن يدخل عليها أخو أبى القعيس والأصح ان هذا وقع فيه بعض الوهم فما روى من ذلك عنها فلم تكن لتخالف ماسمعته من النبى صلى الله عليه وسلم أو دخل عليها رضى الله عنها تأويل صرفت به ماسمعته من النبى صلى الله عليه وسلم عن

* وحدثنى عن مالك عن نافع أن سالم بن عبد الله أخبره أن عائشة أم المؤمنين أرسلت به وهو يرضع الى أختها أم كلثوم بنت أبى بكر فقالت أرضعيه عشر رضعات حتى يدخل على قال سالم فارضعتنى أم كلثوم ثلاث رضعات ثم مرضت فلم ترضعنى غير ثلاث رضعات فلم أكن أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لى عشر رضعات

* وحدثنى عن مالك عن نافع ان صفية بنت أبى عبيد أخبرته ان حفصة أم المؤمنين أرسلت بعاصم ابن عبد الله بن سعد الى أختها فاطمة بنت عمر بن الخطاب ترضعه عشر رضعات ليدخل عليها وهو صغير يرضع ففعلت فكان يدخل عليها

* وحدثنى عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه انه أخبره أن عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم كان يدخل عليها من أرضعته أخواتها أو بنات أخيها ولا يدخل عليها من أرضعه نساء اخوتها

عمومه أو ما شاء الله تعالى من ذلك و يحتمل أن يريد به ان من أرضعته اخواتها أو بنات أخيها فأي وجه وجد الرضاع منهن ومن أي زوج كان أثبت حرمة الرضاع في الدخول وغيره وأما نساء اخوتها فمن أرضعنه قبل أن يتزوجهن اخوتها لم يكن يدخل عليها ولا تثبت به حرمة الرضاع ص ﴿ مالك عن ابراهيم بن عتبة انه سأل سعيد بن المسيب عن الرضاعة فقال سعيد كل ما كان في الحولين وان كانت قطرة واحدة فهو يحرم وما كان بعد الحولين فانما هو طعام يأكله قال ابراهيم بن عتبة ثم سألت عروة بن الزبير فقال مثل قول سعيد بن المسيب * مالك عن يحيي بن سعيد انه قال سمعت سعيد بن المسيب يقول لا رضاعة الا ما كان في المهد والا ما أنبت اللحم والدم ﴾ ش قوله رضي الله عنه ما كان في الحولين وان كانت قطرة واحدة فهو يحرم وعلى أي وجه وصل ذلك من وجور أو لدود رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه وكذلك ان كان مأكولا في طعام أو مشروبا في شراب فان ذلك كله يقع به التغذي وأما السعوط فقال ابن القاسم ان وصل السعوط الى جوف الصبي حرم وقال ابن حبيب يحرم على الاطلاق و به قال الشافعي وأما الحقنة فقال ابن القاسم ان كان فيه غذاء الصبي حرم والا فلا وقال ابن حبيب يحرم على الاطلاق وقال أبو محمد يبعد أن يصل الى موضع يحصل به التغذي والله أعلم (مسئلة) ولو مزج اللبن بطعام أو شراب أو دواء فتناوله صبي فان كان اللبن ظاهرا فيه نشر الحرمة وان غابت عينه ففي المدونة عن ابن القاسم لا يحرم شيأ و به قال أبو حنيفة وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون يحرم اذا كان الطعام أو الشراب الغالب وروى عنه القاضي أبو محمد هذه الرواية فقال يحرم وان كان اللبن مستهلكا وجه القول الاول ان استهلاكه يبطل حكمه بدليل ان الحالف لا يشرب لبنا لا يحنث قاله القاضي أبو محمد ووجه القول الثاني ان اختلاط اللبن بغيره لا يبطل حكمه كما لو لم يستهلك فيه لان الغذاء يحصل به للطفل في الوجهين

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب انه كان يقول الرضاعة قليلها وكثيرها يحرم والرضاعة من قبل الرجال تحرم قال يحيي وسمعت مالكا يقول الرضاعة قليلها وكثيرها اذا كان في الحولين تحرم قال فأما ما كان بعد الحولين فان قليله وكثيره لا يحرم شيأ وانما هو بمنزلة الطعام ﴾ ش قول مالك رحمه الله ما بعد الحولين من الرضاعة لا يحرم يحتمل وجهين أظهرهما ما يقتضيه اللفظ من أن الحولين مدة الرضاعة دون ما زاد عليها وقد رواه محمد بن عبد الله بن عبد الحكم وأبو الفرج وروى عن ابن الماجشون وسحنون والوجه الثاني أن يريد به الحولين وما في حكمهما لان ما زاد على الحولين عنده في حكم الحولين لانه به يتم حكمهما والمقصود منهما

﴿ ما جاء في الرضاعة بعد الكبر ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب انه سئل عن رضاعة الكبير فقال أخبرني عروة بن الزبير ان أبا حذيفة ابن عتبة بن ربيعة وكان من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وكان قد شهد بدرا وكان تبنى سالما الذي يقال له سالم مولى أبي حذيفة كما تبنى رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة وأنكح أبو حذيفة سالما وهو يرى أنه ابنه أنكحه بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهي يومئذ من

---

* وحدثني عن مالك عن ابراهيم بن عتبة انه سأل سعيد بن المسيب عن الرضاعة فقال سعيد كل ما كان في الحولين وان كانت قطرة واحدة فهو يحرم وما كان بعد الحولين فانما هو طعام يأكله قال ابراهيم بن عتبة ثم سألت عروة بن الزبير فقال مثل ما قال سعيد بن المسيب * وحدثني عن مالك عن يحيي بن سعيد انه قال سمعت سعيد بن المسيب يقول لا رضاعة الا ما كان في المهد والا ما أنبت اللحم والدم * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب أنه كان يقول الرضاعة قليلها وكثيرها تحرم والرضاعة من قبل الرجال تحرم قال يحيي وسمعت مالكا يقول الرضاعة قليلها وكثيرها اذا كان في الحولين تحرم فأما ما كان بعد الحولين فان قليله وكثيره لا يحرم شيأ وانما هو بمنزلة الطعام

﴿ ما جاء في الرضاعة بعد الكبر ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن ابن شهاب أنه سئل عن رضاعة الكبير فقال أخبرني عروة بن الزبير ان أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان قد شهد بدرا

وكان تبنى سالما الذي يقال له سالم مولى أبي حذيفة كما تبنى رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة وأنكح أبو حذيفة سالما وهو يرى أنه ابنه أنكحه بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهي يومئذ من

المهاجرات الأول وهي من أفضل أيامى قريش فلما أنزل الله تعالى في كتابه في زيد بن حارثة ما أنزل فقال ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم رد كل واحد من أولئك الى أبيه فان لم يعلم أبوه رد الى مولاه فجاءت سهلة بنت سهيل وهي امرأة أبي حذيفة وهي من بني عامر بن لؤي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل علي وأنا فضل وليس لنا الا بيت واحد فماذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنها وكانت تراه ابنا من الرضاعة فأخذت بذلك عائشة أم المؤمنين فيمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال فكانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق وبنات أخيها أن يرضعن من أحبت أن يدخل عليها من الرجال وأبى سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس وقلن لا والله ما نرى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهلة بنت سهيل الا رخصة من رسول الله صلى الله عليه وسلم في رضاعة سالم وحده لا والله لا يدخل علينا بهذه الرضاعة أحد فعلى هذا كان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في رضاعة الكبير * وحدثني عن مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال جاء رجل الى عبد الله بن عمر وأنا معه عند دار القضاء يسأله عن رضاعة الكبير فقال عبد الله بن عمر جاء رجل الى عمر بن الخطاب فقال اني كانت لي وليدة وكنت أطؤها فعمدت امرأتي اليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت

المهاجرات الاول وهي من أفضل أيامى قريش فلما أنزل الله تعالى في كتابه في زيد بن حارثة ما أنزل فقال ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم رد كل أحد من أولئك الى أبيه فان لم يعلم أبوه رد الى مولاه فجاءت سهلة بنت سهيل وهي امرأة أبي حذيفة وهي من بني عامر بن لؤي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل علي وأنا فضل وليس لنا الا بيت واحد فماذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنها ففعلت فكانت تراه ابنا من الرضاعة فأخذت بذلك عائشة أم المؤمنين فيمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال فكانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق وبنات أخيها أن يرضعن من أحبت أن يدخل عليها من الرجال وأبى سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس وقلن لا والله ما نرى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهلة بنت سهيل الا رخصة من رسول الله صلى الله عليه وسلم في رضاعة سالم وحده لا والله لا يدخل علينا بهذه الرضاعة أحد فعلى هذا كان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في رضاعة الكبير * ش جواب ابن شهاب من سأله عن رضاعة الكبير بهذا الحديث وما تضمنه من الخلاف دليل على ترجحه في الامر وتوقيه فيه وقولها وأنا فضل قال ابن وهب مكشوفة الرأس والصدر وقيل معناه أن يكون معه ثوب واحد لا ازار تحته وقيل عن الخليل يقال رجل متفضل وفضل وهو المتوشح بثوب على عاتقيه خالف بين طرفيه ويقال امرأة فضل وثوب فضل فمعنى ذلك انه كان يدخل عليها وبعض جسدها متكشف وقوله صلى الله عليه وسلم ارضعيه خمس رضعات قال ابن المواز لو أخذ به في الحجابة خاصة لم أعبه وتركه أحب الينا قال وما علمت من أخذ به عاما الا عائشة رضي الله عنها وقد روى مسروق عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل فكأنه تغير وجهه كأنه كره ذلك فقالت انما هذا أخي فقال صلى الله عليه وسلم انظرن من أخواتكن فانما الرضاعة من المجاعة وهذا يمنع التحريم برضاع الكبير ولعلها حملته على التحريم ومن جهة الفحل ان كان أخوها ذلك أخا رضاعة من قبل الفحل ولذلك كانت تأمر بارضاع من يدخل عليها أختها وبنات أخيها ولا تستبيح ذلك بارضاع نساء اخوتها وترى أن التحريم من قبل الفحل يختص بالصغير ولعلها كانت تقول به وترى التأويل ما تأولته وتأخذ في فعلها بالاحزم وما عين لنا أحد دخل عليها برضاعة الكبير وفي هذا الحديث الذي رواه مسروق عنها دليل على ان الرخصة في قصته مختصة به وبسهلة بنت سهيل لأنه لفظ خاص وقوله صلى الله عليه وسلم انما الرضاعة من المجاعة نفي لثبوت حكم الرضاعة في وقت لا يقع به الاغتذاء على عمومه فيجب أن يحمل على عمومه الا ما خص منه بحديث سالم والله أعلم ص * مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال جاء رجل الى عبد الله ابن عمر وأنا معه عند دار القضاء يسأله عن رضاعة الكبير فقال عبد الله بن عمر جاء رجل الى عمر بن الخطاب فقال اني كانت لي وليدة وكنت أطؤها فعمدت امرأتي اليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت

دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر أوجعها وائت جاريتك فانما الرضاعة رضاعة الصغير * مالك عن يحيى بن سعيد أن رجلا سأل أبا موسى الاشعرى فقال انى مصصت عن امرأتى من ثديها لبنا فذهب فى بطنى فقال أبو موسى لا أراها الا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود أنظر ما تفتى به الرجل فقال أبو موسى فما تقول أنت فقال عبد الله بن مسعود لا رضاعة الا ما كان فى الحولين فقال أبو موسى لا تسألونى عن شئ ما دام هذا الحبر بين أظهركم * ش قوله ان رجلا سأل عبد الله بن عمر هو أبو عبس عبد الرحمن بن جبير الانصارى سأل عن رضاعة الكبير عبد الله بن عمر فأخبره عبد الله بن عمر بما عنده فى ذلك عن أبيه عمر رضى الله عنه وذلك يتضمن أن مذهبه فى ذلك مذهبه لأن من يروى حديثا وعمل به اقتضى عمله به الأخذ به وتصديق رواته وتقليد من نقل عنه أو موافقته عليه من جهة نظر وعلم

(فصل) وقول عمر للذى أرضعت امرأته جاريته أوجعها يحتمل أن يريد به أذاها لما قصدته من تحريم جاريته عليه وذلك مما لا يحل لها ويحتمل أن يريد به ايجاع نفسها باستدامة وطء جاريته لأن ذلك مما يشق عليها والله أعلم

(فصل) وقول أبى موسى للذى سأله عن حكم ما مص من ثدى امرأته من اللبن ما أراها الا قد حرمت عليك لعله ممن رأى فى ذلك أن رضاع الكبير يحرم وهو مذهب لم يأخذ به أحد من الفقهاء وقد انعقد الاجماع على خلافه مع ما ظهر من رجوع أبى موسى عنه

(فصل) وقول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنظر ما تفتى به الرجل على وجه الانكار عليه وابداء المخالفة له ولعله قد كان عنده فيه علم عن النبى صلى الله عليه وسلم مما روى عنه صلى الله عليه وسلم ان الرضاعة من المجاعة أو غير ذلك ويقتضى ذلك ان كل مجتهد ليس مصيبا ولو اعتقد عبد الله بن مسعود أن مخالفه مصيب لما ساغ له الانكار عليه

(فصل) وقول أبى موسى لا تسألونى عن شئ ما دام هذا الحبر بين أظهركم رجوع الى ما ظهر من الحق وانقياد لفضل ابن مسعود وعلمه وتقدمه وقصر الناس على سؤاله لما اعتقد من تفوقه فى العلم عليه

(جامع ما جاء فى الرضاعة)

ص * مالك عن عبد الله بن دينار عن سليمان بن يسار عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة * مالك عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل أنه قال أخبرنى عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين عن جدامة بنت وهب الاسدية أنها أخبرتها أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم * قال مالك والغيلة أن يمس الرجل امرأته وهى ترضع * ش قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه هكذا وقع عندى فى رواية يحيى بن يحيى عن جدامة بالدال غير معجمة وقال لى أبو ذر حين سماعى منه موطأ أبى مصعب منه رواية جذامة بالذال المعجمة ولكن روايتى جدامة بالدال غير معجمة وقول مالك الغيلة أن يمس الرجل امرأته وهى ترضع قاله الأصمعى وأبو عبيد الهروى والاسم الغيل وقد أغال الرجل ولده اذا فعل

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أن رجلا سأل أبا موسى الاشعرى فقال انى مصصت عن امرأتى من ثديها لبنا فذهب فى بطنى فقال أبو موسى لا أراها الا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود انظر ما تفتى به الرجل فقال أبو موسى فما تقول انت فقال عبد الله ابن مسعود لا رضاعة الا ما كان فى الحولين فقال أبو موسى لا تسألونى عن شئ ما دام هذا الحبر بين أظهركم

(جامع ما جاء فى الرضاعة)

* حدثنى يحيى عن مالك عن عبد الله بن دينار عن سليمان بن يسار وعن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة * وحدثنى عن مالك عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل انه قال أخبرنى عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين عن جدامة بنت وهب الأسدية انها أخبرتها انها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لقد هممت أن انهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم قال مالك والغيلة أن يمس الرجل امرأته وهى ترضع

ذلك والمرأة المغيلة التي ترضع ولدها وهي توطأ وأهل الطب يزعمون ان ذلك اللبن داء ويقال قد أغيلت المرأة اذا سقته غيلا

(فصل) وقوله الغيلة أن يمس الرجل امرأته وهي ترضع قال ابن حبيب عزل عنها أو لم يعزل وقال الشيخ أبو عمران انما حقيقة الغيلة الوطء مع الانزال الا أن يريد ابن حبيب أن الرجل اذا لم ينزل أنزلت المرأة لان ماءها يغير اللبن وحكى ابن أبي زمنين ان أصل الغيلة ههنا الضرر يقال خفت غائلة كذا أي خفت ضرره * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعسى أن يكون معناه ان الوطء يغيل اللبن بمعنى يكثره واذا كان له فيه تأثير بالتكثير جاز أن يكون له تأثير بالتغيير قال بعض أهل اللغة ان الغيلة أن ترضع المرأة المرضع ولدها وهي حامل

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لقد هممت أن أنهى عن الغيلة يدل على أنه قد كان يقضي ويأمر وينهى بما يؤديه اليه اجتهاده دون أن ينزل عليه شيء ولذلك هم أن ينهى عن الغيلة لما خاف من فساد أجساد أمته وضعف قوتهم من أجلها حتى ذكر أن فارس والروم تفعل ذلك فلا يضر أولادهم ذلك يحتمل أن يريد صلى الله عليه وسلم انه لا يريد أن يضر ضررا عاما وانما يضر في النادر فلذلك لم ينه عنه ولم يحرمه رفقا بالناس لما في ذلك من المشقة على من له زوجة واحدة فيمتنع من وطئها مدة فتلحقه بذلك المشقة وهذه مشقة عامة فكانت مراعاتها أرفق بأمته من المشقة الخاصة التي لا تلحق الا اليسير من الأطفال والله أعلم قال ابن حبيب العرب تتقي وطء المرضع أن يعود من ذلك ضرر على الولد صريح في جسم أو علة (مسئلة) واذا آجرت امرأة نفسها في الرضاع باذن زوجها فان لوالد الصبي أن يمنع زوجها من وطئها مدة الرضاع قاله ابن القاسم قال أصبغ ليس ذلك الا بشرط في أصل الاجارة أو يكثر ضرر الصبي به ويتبين ذلك فيمنع ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت كان فيما أنزل الله من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مما يقرأ من القرآن * قال مالك وليس على هذا العمل ﴾ ش قولها رضي الله عنها كان فيما أنزل الله من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن هذا الذي ذكرت عائشة رضي الله عنها انه نزل من القرآن مما أخبرت عنه انه ناسخ أو منسوخ لا يثبت قرآنا لان القرآن لا يثبت الا بالخبر المتواتر وأما خبر الآحاد فلا يثبت به قرآن وهذا من أخبار الآحاد الداخلة في جملة الغرائب فلا يثبت بمثله قرآن واذا لم يثبت بمثله قرآن فمن مذهبنا ان من ادعى فيه انه قرآن وتضمن حكما فانه لا يثبت ذلك الحكم الا أن يثبت بما يثبت به القرآن من الخبر المتواتر لان ذلك الحكم ثبوته فرع عن ثبوت الخبر قرآنا ولو سلمنا انه من جملة ما يصح التعلق به لما كانت فيه حجة لانها قالت انه كانت فيه عشر رضعات معلومات يحرمن ولا يدل ان ما دون العشرة لا يحرمن الا من جهة دليل الخطاب وقد قررنا انا لا نقول به ولو كنا نقول به لخصصناه وعدلنا عنه بما تقدم من أدلتنا

(فصل) ويحتمل أن تريد بقولها ثم نسخن بخمس معلومات يريد نسخ اسمها وتلاوتها دون حكمها بان تلي مكان العشر الرضعات خمس رضعات ولذلك لم تتعرض لذكر الحكم وانما أخبرت عن التلاوة فقالت فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي مما يقرأ ولم تقل وهي مما يعمل به ولا يحرم بما دونه ولا تحتاج الزيادة عليها في ثبوت التحريم وبالله التوفيق

(فصل) وقول مالك رحمه الله وليس على هذا العمل يريد ليس تأويل الفقهاء الذين يعمل

* وحدثني عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مما يقرأ من القرآن قال يحيى قال مالك وليس على هذا العمل

بأقوالهم ويعتمد على مذاهبهم فيها على ما يتأولونه فيها لأنه وإن يسرع الناس إلى تأويلها على غير وجهها فليس كل من يتعاطى ذلك يفهم وجه التأويل وإن كرر عليه بل قد يتعقب بالتأويل والنظر ولا سيما في وقتنا من يضعف فهمه عن تحقق الظواهر فاستغنى عن فهمهم بقوله ليس على هذا العمل والمراد به ما قدمناه والله أعلم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب البيوع ﴾

﴿ ما جاء في بيع العربان ﴾

ص ﴿ مالك عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان * قال مالك وذلك فيما نرى والله أعلم أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة أو يتكارى الدابة ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل على أني إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذي أعطيك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك باطل بغير شيء ﴾ ش قوله نهى عن بيع العربان بيع معروف وهو يفتقر إلى إيجاب وقبول ويلزم بوجودهما بلفظ الماضي فإذا قال المبتاع بعني فقال البائع بعتك فقد حكى أصحابنا العراقيون أن البيع يصح وينعقد به وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد حتى يقول المبتاع بعد ذلك اشتريت أو قبلت والدليل على صحة ما نقوله أن كل ما كان إيجابا وقبولا في عقد النكاح كان إيجابا وقبولا في البيع كما لو قال قبلت بعد الإيجاب (مسئلة) إذا ثبت ذلك فليس للإيجاب والقبول لفظ معين وكل لفظ أو إشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود إلا أن في الألفاظ ما هو صريح لا يحتمل التأويل مثل أن يقول البائع بعتك هذا الثوب بدينار فيقول المبتاع قد قبلت أو يقول المبتاع قد ابتعت منك هذا الثوب بدينار فيقول البائع قد بعته منك فهذا يلزم به العقد المتبايعين وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بها بمجردها حتى يقترن بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع وذلك مثل أن يقول المبتاع بكم سلعتك فيقول البائع بدينار فيقول المبتاع قد قبلت فيقول البائع لا أبيعك فإن كان في سوق تلك السلعة ففي العتبية من رواية أشهب عن مالك يلزمه البيع وفي المدونة من رواية ابن القاسم يحلف ما ساومه على إرادة البيع وما ساوم إلا لأمر يذكره عند ذلك ولا يلزمه البيع وجه رواية أشهب أن إيقافه في السوق دليل على إرادة البيع وقد وجد منه لفظ يصح أن يستعمل في البيع فوجب أن يلزمه ووجه رواية ابن القاسم أنه يصح أن يكون له غرض من تعرف ثمن سلعة ونهاية ما يعطى بها واللفظ ليس بصريح في انعقاد البيع لأن البيع علق بالمستقبل دون الماضي فإذا حلف أنه لم يرد البيع وإنما أراد ما يمكن إرادته ويصح الغرض فيه لم يلزمه وإن يحلف لزمه البيع وهذا إن لم يكن لاعبا فإن علم أنه قصد اللعب لم يلزمه البيع رواه أشهب عن مالك

(فصل) وقوله بيع العربان فسره مالك بما تقدم وقال ابن حبيب العربان أول الشيء وعنفوانه والمنهي عنه من ذلك أن ينعقد عليه البيع ولذلك أضافه إليه على وجه إن كره المشتري البيع كان ما دفعه للبائع دون عوض فهذا الذي نهى عنه لأنه من أبين المخاطرة وأما العربان الذي لم ينه عنه فهو أن يبتاع منه ثوبا أو غيره بالخيار فيدفع إليه بعض الثمن مختوما عليه إن كان مما لا يعرف بعينه على

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب البيوع ﴾

﴿ ما جاء في بيع العربان ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن الثقة عنده عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان * قال مالك وذلك فيما نرى والله أعلم أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة أو يتكارى الدابة ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل على أني إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذي أعطيك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك باطل بغير شيء

انه ان رضي البيع كان من الثمن وان كره رجع اليه ذلك لانه ليس فيه خطر يمنع صحته وانما فيه تعيين للثمن أو بعضه (مسئلة) اذا وقع البيع والكراء على ما منع منه من بيع العربان فقد قال علي بن دينار يفسخ وان فات كانت فيه القيمة ووجه ذلك ما دخله من الغرر والخطر بما ذكره من العربان ص ﴿ قال مالك والأمر عندنا أنه لا بأس بأن يبتاع العبد التاجر والفصيح بالأعبد من الحبشة أو من جنس من الأجناس ليسوا مثله في الفصاحة ولا في التجارة والنفاذ والمعرفة لا بأس بهذا أن تشترى منه العبد بالعبدين أو بالأعبد الى أجل معلوم اذا اختلف فبان اختلافه فان أشبه بعض ذلك بعضا حتى يتقارب فلا تأخذ منه اثنين بواحد الى أجل وان اختلفت أجناسهم * قال مالك ولا بأس بأن تبيع ما اشتريت من ذلك قبل أن تستوفيه اذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذي اشتريت منه ﴾ ش وهذا كما قال وذلك ان بيع الجنس الواحد من السلع والحيوان بعضه ببعض على ضربين نقدا ونسا فأما النقد فهو جائز في الجنسين والجنس الواحد ما لم يكن مقتاتا متفاضلا وأما النسا فهو على ضربين أحدهما أن يكون العوض من غير جنس المعوض منه والآخر أن يكون من جنسه فان كان من غير جنسه جاز التفاضل وان كان من جنسه لم يجز متفاضلا وذلك في أربعة أبواب * الأول ان ما ليس بمقتات ولا عين فانه يجوز التفاضل فيه نقدا * والباب الثاني ان النساء علة في فساد بيع الجنس بعضه ببعض * والباب الثالث ان النساء مع اختلاف المنافع لا يمنع المعاوضة * والباب الرابع في بيان معنى المنافع المقصودة في الأجناس

(الباب الأول في جواز التفاضل في غير العين والمقتات نقدا)

وهو مذهب مالك رحمه الله وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(الباب الثاني في أن النساء علة في فساد بيع الجنس بعضه ببعض مع اتفاق المنافع المقصودة)

وهو مذهب مالك رحمه الله وقال الشافعي كل ما يجوز فيه التفاضل يدا بيد فانه يجوز فيه التفاضل والتساوي نساء والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك رحمه الله ما روى الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة قال أبو عيسى الترمذي حديث الحسن عن سمرة في بيع الحيوان بالحيوان صحيح وسماعه منه صحيح كذلك قال علي بن المديني ولنا في المنع من ذلك من جهة المعنى طريقان أحدهما انه ممنوع منه لنفسه والثاني انه ممنوع منه للذريعة فأما الطريقة الأولى فان اشتراط الزيادة في الجنس مع الأجل مفسد للعقد كاشتراطه في السلف وأما المنع منه للذريعة فانه لا خلاف أن اشتراط الزيادة في السلف غير جائز ولا فرق بينه وبين اشتراطه في البيع من جهة الصورة فوجب أن يكون ممنوعا لئلا يتوصل به الى الممنوع المتفق على تحريمه (مسئلة) اذا ثبت المنع مع التفاضل فهل يثبت على التساوي قال القاضي أبو محمد ان ذلك جائز ورواه ابن القاسم وغيره وبه قال أبو حنيفة وجه قول القاضي أبي محمد أن المنع من ذلك انما هو للذريعة ومع التساوي تضعف التهمة فيبطل حكم المنع ووجه القول الثاني أن هذه ذريعة الى قرض تجر به منفعة فيكون من له الثوب يدفعه في مثله ليكون في ضمان القابض له الى أجل تعاقدهما ووقت انتفاعه ولما كان هذا عقدا منع من التفاضل فيه وجب أن يمنع من التساوي كالعرض

(الباب الثالث في أن اختلاف المنافع يصحح بيع بعض الجنس ببعضه الى أجل متفاضلا)

هو مذهب مالك وقال أبو حنيفة ان ذلك لا يجوز مع اختلاف المنافع اذا كانا من جنس والدليل على ما نقوله قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم

* قال مالك والأمر عندنا انه لا بأس بأن يبتاع العبد التاجر والفصيح بالاعبد من الحبشة أو من جنس من الاجناس ليسوا مثله في الفصاحة ولا في التجارة والنفاذ والمعرفة لا بأس بهذا أن تشترى منه العبد بالعبدين أو بالاعبد الى أجل معلوم اذا اختلف فبان اختلافه فان أشبه بعض ذلك بعضا حتى يتقارب فلا تأخذ منه اثنين بواحد الى أجل وان اختلفت أجناسهم * قال مالك ولا بأس بأن تبيع ما اشتريت من ذلك قبل أن تستوفيه اذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذي اشتريت منه

وهذا عام وهـذه المسئلة عندنا مبنية على أن اختلاف المنافع هي المعتبرة في الجنس فاذا ثبت لنا هذا ثبت جواز التفاضل لانه لا يخالفنا في جواز التفاضـل في الجنسين مع التساوي وسندل عليه ان شاء الله تعالى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز الكبير في الصغيرين الى أجل لانهما جنسان متباينان وليس فيهما وجه من وجوه التهمة وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم ان مالكا كره أن تسلم كبار الحمر في صغار البغال لانها تنتج منها البغال الا أن يكون الأجـل قريبا خمسة أيام وشبهها مما لا يتهم فيه وهذا ليس من الوجه المذكور وانما هو لانه لا يجوز أن تسلم شيأ مما يخرج منه لما فيه من أنواع المزابنة فاذا آن ذلك لان أجل السلم يمنعه من أن يخرج منه ماسلم فيه صح ذلك وبالله التوفيق (مسـئلة) وأما تسليم صغير في كبيرين الى أجـل فروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم اجازته وروى ابن المواز المنع منه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا انما يجب عندي أن يمنع الى أجل يكبر فيه مثل ذلك الصغير فيصير مثل الكبير المسلم فيه وذلك من الوجه المتقدم وليس من معنى هـذا الباب بسبيل وذهب جمهور أصحابنا الى المنع من تسليم صغير في كبير أو كبير في صغير ويجب أن يكون بمعنى ما تقـدم من المنع في المسئلتين المتقدمتين وقد اختلفوا في تجويز صغيرين في كبيرين وكبيرين في صغيرين وذكر القاضي أبو محمد ان ذلك كله جائز وهو الصحيح لانهما جنسان يختلفان يصح التفاضـل بينهما فصح التساوي كالثياب بالابل والبقر ووجه آخر وهو ان التفاضل في المقدار أبلغ في افساد العقود من التفاضل في الصفات بدليل انه لا يجوز التفاضل بالنقد في الطعام ويجوز فيـه التفاضل بالجودة والصـفة ثم ثبت وتقرر ان هذا يجوز فيه التفاضل بالمقدار فبان يجوز فيه التفاضل بالصفة أولى وأحرى (مسئلة) وأما اختلاف الجنس بالمنافع مع الاتفاق في السن فلا بأس به الواحد بالاثنين والاثنين بالواحد وهل يسلم الواحد من ذلك في الواحـد روى القاضي أبو اسحق في مبسوطه عن مالك اجازته في البعير النجيب بالبعير من حاشـية الابل وفي المدونة مثـل ذلك عن ابن القاسم في العبـد التاجر في العبد الذي ليس بتاجر وهو الصواب لان اختـلاف المنافع قد جعلهما جنسين يجوز فيهما التفاضل فبان يجوز فيهـما التساوي أولى وعقـد هـذا الباب ان ما حكم فيه بالجنسين فان التساوي والتفاضل يجوز فيهما

(الباب الرابع في تبيين المنافع المقصودة التي يتبين بها معنى الجنس)

الأصـل في ذلك ان معنى الجنس عنـدنا في هذا الباب ما انفرد بالمنفعة المقصودة منـه فاذا اختلف الشيآن في المنفعة المقصودة منهما كانا جنسـين مختلفين وان سميا باسم واحـد وان اتفقا في المنفعة المقصودة وافترقا في الاسم فالذي يقتضـيه قول ابن القاسم في البغال والحمير انهما جنس واحد ان الاعتبار باختـلاف الاسماء والذي يقتضـيه قول ابن حبيب انهـما جنس ان الاعتبار أيضا بالأسماء والدليـل عـلى صحة ذلك اننا انما منعنا التفاضـل في الجنس الواحـد للزيادة في السلف وأجزناه في الجنسين لتعريه من ذلك فوجب أن تراعى المنفعة المقصودة من العين لان من طلب الزيادة في السلف فانما يطلبها مع استرجاع ما سلف وبقاء تلك المنفعة المقصودة له فاذا استرجع ما فيـه منفعة أخرى بغير منفعة العين التي سلف لم تحصل له الزيادة في السلف ولذلك جوزنا التفاضل بين التمر العربي والتمر الهندي وبين الجوز الهندي والذي ليس بهندي (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان اختلاف المنافع في الجنس يكون على ضربين أحدهما أن تختلف منافعهما للصغر والكبر والثاني أن تختلف للتناهي في المنفعة المقصودة من ذلك الجنس فاما الصغر والكبر فانه يختلف باختلاف جنس الحيوان فان

كان الحيوان مما تصح فيه الحرية كبني آدم ففي الواضحة ان الرقيق صنف واحد ذكوره وإناثه صغاره وكباره عجميه وعربيه والقياس عندي أن يكون صغيره جنسا مخالفا للكبير لان المنافع التي يتميز بها الجنس من التجارة والصنائع لا تصح من الصغير (مسئلة) فان كان مما لا تصح فيه الحرية فلا يخلو أن يكون مما المقصود منه الأكل فان كان مما لا يقصد منه الأكل كالخيل والبغال والحمير فان جنس صغارها مخالف لكبارها لان المقصود من كبارها غير المقصود من صغارها وان كان مما يقصد منه الأكل كالابل والبقر والغنم والطير فانه على ثلاثة أقسام أحدها أن يكون فيه مع ذلك عمل مقصود كالابل والبقر فهذا القسم لا خلاف ان صغاره مخالف لكباره والثاني لا يكون فيه عمل مقصود ولا منفعة مقصودة فهذا لا خلاف في أن صغاره من جنس كباره كالحجل واليمام والقسم الثالث أن لا يكون فيه عمل مقصود وتكون فيه منفعة مقصودة من لبن ونحوه فهل يختلف جنسها بالصغر والكبر أم لا وروى ابن المواز عن مالك في ذلك روايتين احداهما لا تختلف لان المقصود من هذا الحيوان الأكل ويستوي في ذلك صغاره وكباره والثانية تختلف بذلك لان المقصود من كبار الغنم الدر والنسل وهو منفعة مقصودة كالعمل في الابل والبقر وكذلك الدجاج قال ابن القاسم كلها صنف ذكورها وإناثها قال أصبغ لا يسلم بعضها في بعض الا الدجاج ذات البيض فانها صنف تسلم الدجاجة البيوض أو التي فيها بيض في الديكين (فرع) والسن الذي هو حد بين الصغر والكبر أن يبلغ حد الانتفاع بها المنفعة المقصودة منها قال ابن المواز وهو أن يسافر عليه فالجذع ما قصر عن ذلك من جملة الصغار والحولي صغير وأما البغال والحمير فروى ابن المواز عن مالك ان الحولي صغير والرباعي كبير ويحتمل أن يكون الجذع من جملة الكبار كالخيل وأما الابل فروى ابن المواز عن مالك لا خير في ابنتي مخاض في حقة ولا حقة في جذعتين ويحتمل انه منع ابنتي مخاض في حقة لانهما من سن الصغر ومنع حقة في جذعتين على رواية من منع صغيرا في كبير فان الجذع أول أسنان الكبير في الابل ويحتمل انه منع بنتي مخاض في حقة على رواية من منع صغيرين في كبير ومنع حقة في جذعتين لانهما من سن الكبر فتكون الحقة من حيز الكبير لان ذلك سن يستعمل في المنفعة المقصودة وهو الحمل (فرع) وأما البقر فان حد الكبير في الذكور أن يبلغ حد الحرث وفي الاناث على قول ابن القاسم مثل ذلك وعلى قول ابن حبيب أن يبلغ سن الوضع واللبن وأما اللبن فان فرقنا بين صغاره وكبارها فحد الكبير أن يضع مثلها ويكون فيها اللبن ويجب على هذا أن يكون ذكورها من جنس صغارها لانه ليس فيها غير اللحم الا النزر ولا اعتبار به في اختلاف الجنس كالخيل والحمر (فرع) وأما الرقيق فان حد الكبر فيهم ان فرقنا بين صغارهم وكبارهم ان يبلغ سن من يطيق التكسب بعمله أو تجارته وذلك عندي الخمسة عشر سنة ونحوها أو الاحتلام (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المنفعة المقصودة من العبد أن يكون قادرا على التكسب بمعنى يستفاد في التعليم لا يكون شائعا في الجنس كالتجارة والصناعة فأما التجارة والجزارة والبناء والخياطة فهي مع الفصاحة والحساب أس والكتابة والقراءة اذا تقدمها نفاذ يمكنه التكسب بها وهكذا ما جرى هذا المجرى وليس كذلك الاعمال المعتادة التي يعملها أكثر الناس بجنس يباين به من لا يعمل ذلك العمل كالحرث والحصاد في الرجال والغزل في النساء لانه لما كان هذا العمل معتادا يمكن أكثر هذا الجنس كان بمنزلة المشي وسائر أنواع التصرف المعتاد (مسئلة) وليست الذكورة بجنس في الرقيق ولا في شيء من الانعام الا أن يكون معه من المنافع المقصودة ما يقتضي ذلك وهذا حكم جميع

الحيوان وأما الصناعة فى الاماء فكالطبخ والخبز والرقم والنسج وكل نوع من ذلك مخالف للآخر الا الطبخ والخبز فانه صناعة واحدة وجنس واحد وأما الكتابة فروى محمد عن ابن القاسم ليست بجنس فى الاماء وروى عيسى عنه أنها ان كانت فائقة فيها انه جنس تبين به من غيرها ويحتمل ذلك وجهين أحدهما أن يكون ذلك قولا واحدا ان النفاذ فى ذلك والتقدم حتى يمكن التكسب به جنس مقصود وان الكتابة اليسيرة التى لا يمكن الاكتساب بها ليست بجنس مقصود والوجه الثانى ان ذلك على قولين أحدهما انه ليس بجنس فى الاماء مع النفاذ بخلاف العبيد والثانى حكمها فى ذلك حكم العبيد (مسئلة) وأما الجمال فهل يكون جنسا فى الاماء روى عيسى عن ابن القاسم ان ذلك ليس بجنس وروى محمد عن أصبغ انه جنس مقصود ورأيت بعض فقهاء القرويين يحكى ان ابن وهب رواه وجه قول ابن القاسم انه معنى لا يتكسب به الاماء فلم تختلف به أجناسهن كالقوة ووجه قول أصبغ ان الاثمان تختلف باختلافه وتتفاوت بتفاوته (مسئلة) وليس الغزل ولا عمل الطيب بجنس لان الغزل معتاد فى النساء شامل وعمل الطيب ليس مما يكاد أن تنفرد بالتكسب به بل ذلك شائع فى جميع النساء وهذا معنى ما احتج به ابن المواز فى هذه المسئلة (مسئلة) والمقصود من الخيل السبق والجودة لانها بها تباين سائر الحيوان المتحد فاذا كان سابقا فانه افليس من جنس ماليس بسابق من الخيل والمقصود من الابل القوة على الحمل فان كان مما باين غيرها فى القوة على ذلك فهو من غير جنسه وليس السبق بمقصود فيها لانها لا تراد للسبق ولذلك لا يسهم لها وان جاز أن يكون منها ما يسابق فان ذلك ليس بمنفعة أفضل هذا الجنس وأغلبه ألا ترى ان من الخيل ما تكون فيه القوة على الحمل ولا يتخذ لذلك ولا يتميز به فى الجنس عما ليس بقوى على الحمل لان الحمل ليس بمقصود من أفضل هذا الجنس ولا أكثر (مسئلة) وأما البغال والحمير فقال ابن القاسم هى جنس واحد وقال ابن حبيب هما جنسان مختلفان وذكر ان كل واحد من الجنسين يفارق جنسه بالسير والجرى يريد مع السير قال فأبى ابن القاسم أن الاسماء لا اعتبار بها فلما اتفقت فى المعنى المقصود منها كانت جنسا واحدا وان لم يشملها اسم واحد وهذا أشبه بمذهب مالك رحمه الله ووجه ما قاله ابن حبيب ان اختلاف الاسماء الخاصة يوجب اختلاف الجنس وانما راعى اختلاف المنافع واتفاقها فى الجنس الواحد (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فبماذا تختلف فى أنفسها قال ابن القاسم ان البغال كلها مع الحمر المصرية جنس مخالف للاعرابية ولا تختلف بالسير والقيم وانما تختلف بالصغر والكبر ووجهه ان المقصود منها الركوب للجمال وهى متقاربة فيه وقال ابن حبيب تختلف باختلاف السير لان السير هو المقصود منها فيجب أن تختلف باختلافه (مسئلة) والمنفعة المقصودة من البقر القوة على الحرث لانه العمل الذى تتخذله ولا اختلاف فى ذكورها وأما اناثها فحكى ابن حبيب أن المقصود منها كثرة اللبن والظاهر من مذهب ابن القاسم ان حكمها حكم الذكور والفرق بين اناث البقر واناث الغنم أن اناث البقر لها منفعة تختص بذكورها واناثها واناث الغنم ليس فيها شئ من ذلك فاذا قلنا برواية ابن حبيب جاز تسليم البقرة الكثيرة اللبن وان كانت قوية على الحرث فى الثور (مسئلة) وأما الغنم فانها على ضربين معز وضأن فأما المعز فانها تختلف بكثرة اللبن لانه المقصود منها وأما الضأن فروى يحيى عن ابن القاسم ان كثرة اللبن لا يختلف فيه جنس الضأن وقال ابن القاسم فى المدونة ان اللبن معتبر فى الغنم من غير تفصيل وجه رواية يحيى عن ابن القاسم ان اللبن لا يكاد يتباين الا فى الماعز وأما الضأن فمتقاربة فى اللبن ووجه رواية سحنون ان هذا حيوان ذو لبن ولا يقصد

به العمل فوجب أن يختلف جنسه بكثرة اللبن وقلته كالماعز (مسئلة) فأما الطير فانه على ضربين أحدهما يقصد منه البيض والثانى لا يقصد فأما ما لا يقصد منه البيض فذكوره واناثه وصغاره وكباره جنس واحد وأما ما يقصد منه البيض كالدجاج فاختلف أصحابنا فيه فروى عيسى عن ابن القاسم ليس مما يختلف فيه الجنس وقال أصبغ يختلف به الجنس وجه رواية ابن القاسم ان البيض فى الدجاج ليس يقصد بالاقتناء له فى الأغلب وانما يقصد باللحم وذلك متساو فى جميعها ووجه آخر ان هذه ولادة والولادة لا يعتبر بها فى الجنس قلت أو كثرت كسائر الحيوان ووجه قول أصبغ ان البيض معنى مقصود من هذا الجنس من الحيوان كاللبن فى الغنم

(فصل) وقوله فان أشبه بعض ذلك بعضا حتى يتقارب فلا تأخذ منه اثنين بواحد الى أجل وان اختلفت أجناسها يريد أن يكون الرقيق سودانا أو بيضا ورما أو نوبة فان ذلك ليس باختلاف فيهم يبيح التفاضل مع النسا

(فصل) وقوله ولا بأس أن تبيع ما اشتريت من ذلك قبل أن تستوفيه اذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذى ابتعت منه يريد ان ما أسلمت فيه من الرقيق يجوز أن تبيعه قبل أن تستوفيه وكذلك كل ما ليس بمطعوم عند مالك فانه يجوز بيعه قبل أن يستوفى اذا كان فى الذمة وقوله اذا انتقدت ثمنه وكان مؤجلا لم يجز لانه من اشتراط انتقاد الثمن فى المبيع الذى ألزمه لانه اذا لم ينتقد ثمنه وكان مؤجلا لم يجز لانه من بيع الكالئ بالكالئ أو فسخ الدين فى الدين وان أخذ من غير جنس ماله عنده فلا يخلو أن يكون من جنس الثمن فانه على ضربين أحدهما أن يكون الثمن عينا والثانى أن يكون عرضا فان كان عينا من جنس واحد فان له أن يأخذ مثل الثمن سواء عددا وصفة لان ما آل له الى السلف الجائز فليس فيه وجه من وجوه الفساد ولا يجوز له أن يأخذ أكثر عددا لان ما آل له الى الزيادة فى السلف وذلك غير جائز وهل له أن يأخذ أدنى عددا أو صفة جوزه بعض أصحابنا وأباه ابن أبى سلمة ووجه جوازه ان ماله تبعد فيه التهمة أن يعطى عينا ليأخذ أقل عددا منه أو أدنى صفة وسيأتى ذكر منعه بغير جنس الثمن وبيعه من غير بائعه ان شاء الله تعالى ص ﴿قال مالك لا ينبغى أن يستثنى جنين فى بطن أمه اذا بيعت لان ذلك غرر لا يدرى أذكر هو أم أنثى أحسن أم قبيح أو ناقص أو تام أو حى أو ميت وذلك يضع من ثمنها﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز أن تباع أمة أو شئ من اناث الحيوان ويستثنى جنين فى بطنها وعلل ذلك بعلتين احداهما انه مجهول الصفة والحياة والثانية انه ينقص ذلك من ثمنها وهذان تعليلان صحيحان وذلك ان الاستثناء من المبيع على ضربين أحدهما أن يستثنى جزأ من الجملة فانه لا يخلو من ثلاثة أقسام أحدها أن يكون جزأ شائعا والثانى أن يكون جزأ معينا والثالث أن يكون جزأ مقدرا غير شائع ولا معين فان كان جزأ شائعا فانه يصح فى جميع الحيوان وفى غير الحيوان كبيع ربع العبد والدابة والثوب والدار (مسئلة) وان كان جزأ معينا فلا يخلو أن يكون فى حيوان أو غير حيوان فان كان فى حيوان فانه على ضربين أحدهما أن يكون معينا كالجنين وما فى ظهر الفحول ولحم الفخذ فهذا لا يجوز بوجه لان المبتاع قد استثنى من الجملة ما لا نعلمه واذا لم نعلمه لم نعلم باقى الجملة وهذا فى أجنة الاناث وما فى ظهور الفحول واضح الفساد لانه يمنع من قبض المبيع والتصرف فيه المدة الطويلة وأما استثناء فخذ الناقة فانه يصح أن يقال ذلك على قولنا ان المستثنى مبيع وهذا أظهر فيما احتج به فى قولنا انه لا يدرى أن الجنين حسن أو قبيح أو ذكر أو أنثى أو حى أو ميت وهذا اذا كان باقيا على ملكه لا يجب أن يؤثر فى البيع لسلامة المبيع فى ذلك وانما

* قال مالك لا ينبغى أن يستثنى جنين فى بطن أمه اذا بيعت لأن ذلك غرر لا يدرى أذكر هو أم أنثى أحسن أم قبيح أو ناقص أو تام أو حى أو ميت وذلك يضع من ثمنها

يؤثر فيه على قولنا انه مبيع مسترجع فأفسد البيع استرجاعه لانه به تم والله أعلم (فرع) وسواء استثنى الجنين عتيقا أو رقيقا فانه لايجوز ويفسخ البيع رواه في المبسوط ابن نافع عن مالك وقال الأوزاعي وابن حنبل يجوز أن يبيع الرجل أمته الحامل ويستثنى مافي بطنها والدليل على مانقوله ان هذا جزء معين من الجملة فلم يجز استثناؤه من الأمة كيدها أو رجلها (فرع) فاذا انعقد البيع على ذلك فانه يبطل ويفسخ مالم تفت الجارية عند المبتاع بزيادة أونقصان أوحوالة أسواق فان دخلها شيء من ذلك لزمته بقيمتها يوم قبضها فان ولدت عند المشترى وقبض البائع الطفل نقض بيعه فيه ورده الى المبتاع وهذا اذا ولدته بعد تقويم الأم على المشترى فأما اذا ولدته قبل ذلك فان هذا انما يستقيم على قولنا ان المستثنى مبيع مع الجملة ولو قلنا انه غير مبيع لكان للبائع على كل حال لانه لم يخرج عن ملكه ببيع ولا غيره والمذهب مبنى على ماتقدم (فرع) فاذا قلنا ذلك وفات الجنين عند البائع بوجه من وجوه الفوات المتقدم ذكرها لزمه بالقيمة يوم قبضه ولزمهما أن يجمعا بين الأم وابنها في ملك أحدهما أو يبيعانهما معا من غيرهما (مسئلة) فان كان معينا غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يخلو أن يكون الحيوان ممالا يستباح ذبحه كالرقيق أو يستباح ذبحه كالأنعام فان كان ممالا يستباح ذبحه فانه لايجوز بيعه واستثناء جزء معين منه فلا يجوز بيع الأمة واستثناء يدها أو رجلها أو رأسها لان الذي باع معينا منها لايمكن تسليمه ولا الانتفاع به لانه ان استثنى رجله لايجوز للمبتاع أن يأمرها بالمشي والتصرف لان البائع يمنعها من القيام أو المشي برجلها المستثناة لان حقه متميز ولا يجبر البائع على تصريف حقه المتميز وليس كذلك الجزء الشائع فانه يجبر على التصرف المعتاد مع الشريك كالدار المشاعة بين الشريكين ان أراد أحدهما اخلاءها والمنع من الانتفاع بها لم يكن له ذلك واذا تميز حقه منها كان له ذلك في حقه (مسئلة) وان كان من الحيوان المستباح ذبحه كالأنعام فانه ان وقع البيع على هذا بشرط التبقية لايجوز (مسئلة) فان كان بشرط الذبح فلا يخلو أن يكون المستثنى له قدر وقيمة يسقط له بعض الثمن أولا قدر له فان كان له قدر وقيمة كالفخذ والسواقط حيث تكون له قيمة فالمشهور من مذهب مالك انه لايجوز وجوز ابن حبيب بيع الشاة واستثناء الأكارع والرأس حيث تكون لها قيمة ووجه القول الأول انه مبنى على أحد فصلين إما أن يكون لها استثناء دون جلد والمستثنى عنده مبيع فلم يجوزه لانه استثنى معينا وإما أن يكون لما شرط أخذه بعد الذبح فكان كأنه باعه مذبوحا وعند الذبح يعلم من صفته مالا يعلم اليوم فمنع ذلك صحة العقد ووجه قول ابن حبيب ما احتج به وانه استثنى جزأ ظاهرا معينا فلم يمنع ذلك صحة العقد وهذا مبنى على أن جلد العضو المبيع مستثنى مع ذلك العضو فلذلك صار المستثنى مرئيا (مسئلة) وان كان استثناء الجلد بحيث له قدر وقيمة فالذي رواه ابن القاسم عن مالك ان ذلك لايجوز وروى ابن حبيب عن ابن وهب تجويزه وقول ابن القاسم مبنى على تعذر المعرفة بقدره وجنسه وجودته ورداءته وعلى انه لايجوز بيع اللحم المغيب لانه اذا استثنى الجلد فقد أفرد اللحم بالبيع وهو مغيب ووجه قول ابن وهب انه يمكن معرفته فيمكن استثناؤه وبيع اللحم المغيب بجلده كما لو لم يكن للجلد قيمة (مسئلة) وان كان المستثنى من الجلد والرأس والأكارع في الاسفار بحيث لاقيمة لشيء من ذلك ففيه عن مالك روايتان احداهما الجواز والأخرى المنع وقال القاضي أبو محمد ان المحققين من أصحابنا جعلوا ذلك رواية واحدة المنع حيث تكون له قيمة والاجازة حيث لاتكون له قيمة (مسئلة) وأما ان كان المستثنى من الحيوان مقدرا على غير ما بيع ولا معينا

مثل أن يستثنى منه أرطالا مقدرة فعن مالك فى ذلك روايتان روى عنه ابن وهب المنع وروى عنه ابن القاسم اجازة ذلك فى الارطال اليسيرة وجه رواية ابن وهب انها مبنية على أن المستثنى مبيع فاذا كان مستورا بالجلد لم يجز بيعه لعدم الرؤية والصفقة فيه وجه رواية ابن القاسم انها مبنية على أن المستثنى باق على ملك البائع غير داخل فى المبيع فلا يفسد العقد بما يتعلق به من عدم المعرفة لصفته (١) اذا قلنا برواية المنع فلا تفريع فيه وان قلنا برواية الاباحة بحكم اليسير الذى يجوز قال ابن القاسم الثلاثة الأرطال والأربعة من الشاة وزاد ابن المواز عنه الخمسة والستة ولم يبلغ به مالك الثلث وأشهب يجيز الثلث ومعنى ذلك ان هذا الثلث حد بين القليل والكثير عند مالك واختلف قوله فيه فمرة جعله فى حيز القليل ومرة جعله فى حيز الكثير وفروع مسائله تدور على حسب هذا الاختلاف والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك فى الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار الى أجل ثم يندم البائع فيسأل المبتاع أن يقيله بعشرة دنانير يدفعها اليه نقدا أو الى أجل ويمحو عنه المائة دينار التى له قال مالك لا بأس بذلك وان ندم المبتاع فسأل البائع أن يقيله فى الجارية أو العبد ويزيده عشرة دنانير نقدا أو الى أجل أبعد من الاجل الذى اشترى اليه العبد أو الوليدة فان ذلك لا ينبغى وانما كره ذلك لان البائع كأنه باع منه مائة دينار له الى سنة قبل أن تحل بجارية وبعشرة دنانير نقدا أو الى أجل أبعد من السنة فدخل فى ذلك بيع الذهب بالذهب الى أجل ﴾ ش وهذا كما قال رحمه الله ان البائع اذا أراد المبتاع عشرة دنانير على أن يقيله فان ذلك جائز وسواء كانت الزيادة من البائع ما شاء من جميع الأشياء كلها العين وغيره نقدا أو مؤجلا ولم يتفرقا لانه كان البائع اشترى الجارية بالثمن الذى وجب له على المبتاع وبزيادة زادها اياه ولا فساد فى ذلك ما لم تكن الزيادة من جنس المبيع فان كانت من جنسه زاد نقدا ولم يجز مؤجلا لما تقدم من منع الشئ بجنسه الى أجل

(فصل) وان ندم المبتاع فسأل البائع أن يقيله ويزيده بعشرة دنانير نقدا أو الى أجل الفصل معناه انه اذا أراد المبتاع العشرة ليقيله البائع فان كان الى أجل فهو جائز لانه يبيعها منه بأقل من الثمن الذى ابتاعها منه مقاصة وان زاد العشرة نقدا لم يجز ذلك لانه يعجل عشرة من المائة المؤجلة عليه فصار بيعا وسلفا فهذه العلة اللازمة وقد قال ذلك ربيعة فى احدى مسئلتى الجار فيمن باع جارا بعشرة دنانير فاستقاله المبتاع على دينار يعجله للبائع ان ذلك بمنزلة من اقتضى ذهبا يتعجلها من ذهب وأما ما ذكره رحمه الله من أنه يدخله انه باع عشرة دنانير وجارية نقدا بمائة دينار له الى سنة فانه وجه صحيح أيضا فيما يتكرر ويقصد من بيع جارية وعشرة دنانير معجلة بمائة الى أجل فان الذرائع يقوى منعها بتكرر القصد اليه والغرض فيه فيعبر عنه أصحابنا بقوة التهمة فيه ويضعف وجه المنع بقلة قصده وذلك فيما يحتمل وجوها من الصحة ووجها أو وجوها من الفساد المقتضى للمنع فيحمل على المقصود من تلك الوجوه وأما ما كان الفساد له لازما فان ذلك ممنوع لنفسه (مسئلة) وأما ان كانت العشرة الى أجل أقرب من أجل المائة فحكمها حكم العشرة المعجلة وان كانت الى أجل أبعد من أجل المائة لم يجز أيضا لانه يدخله جارية معجلة وعشرة مؤجلة بمائة مؤجلة الى غير ذلك وأقل ما يقتضى ذلك اشتراط النقد للعشرة والمنع من المقاصة ولو شرط ذلك فى العشرة المؤجلة الى أجل المائة لافسد العقد لانه يتضمن بيع جارية وعشرة دنانير يخرجها ولا ينقدها بمائة دينار ينقدها وهذا يقتضى التفاضل فى العين فأوجب ذلك فساد العقد ويدخله مع ذلك الكالئ بالكالئ فى عشرة

* قال مالك فى الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار الى أجل ثم يندم البائع فيسأل المبتاع أن يقيله بعشرة دنانير يدفعها اليه نقدا أو الى أجل ويمحو عنه المائة دينار التى له * قال مالك لا بأس بذلك وان ندم المبتاع فسأل البائع أن يقيله فى الجارية أو العبد ويزيده عشرة دنانير نقدا أو الى أجل أبعد من الأجل الذى اشترى اليه العبد أو الوليدة فان ذلك لا ينبغى وانما كره ذلك لان البائع كأنه باع منه مائة دينار له الى سنة قبل أن تحل بجارية وبعشرة دنانير نقدا أو الى أجل أبعد من السنة فدخل فى ذلك بيع الذهب بالذهب الى أجل

(١) بياض هكذا بالاصل

دنانير والمائة وذلك ممنوع (مسئلة) ومن ابتاع سلعة بنقد أو مؤجل ثم استقال منها فلا يخلو السلعة أن لا تكون غير مكيلة ولا موزونة ولا معدودة كالجارية والثوب فباعها بنقد ثم استقال منها على زيادة مؤجلة وذلك مثل أن يبيع منه جارية بعشرة دنانير نقدا ثم استقال المبتاع بدينار يزيده مؤجلا فان ذلك لا يجوز وهي احدى مسئلتي الحمار وربيعة قال لا يصح لانه أخذ عنه دنانير بالنقد وأخذ الحمار بما بقي من الذهب وقد قال جماعة من شيوخنا ان معنى ذلك البيع والسلف وهو قول صحيح لان السلف في الدينار الذي أخذ عنه والسعة في أخذ الحمار بتسعة دنانير من العشرة التي كانت له عليه ويدخله مع ذلك بيع حمار ودينار باجل بعشرة دنانير معجلة (فرع) وقد قال محمد بن المواز اذا كانت البيعة الاولى بالنقد فلا يتهم في الثانية الا أهل العينة وقال الشيخ أبو محمد انه ليس بخلاف لما قاله مالك وربيعة لان ابن المواز انما يعني بذلك اذا كانت البيعة الاولى بالنقد مما لو انفردت لكانت صحيحة وأما في بيعة لو انفردت لم تجز تقدمها بيع أو لم يتقدم فليس كذلك وفي مسئلة ربيعة كانت للبائع على المبتاع عشرة دنانير نقدا فاشترى منه تلك السلعة وغيرها بتسعة دنانير واحدة بدينار من عشرة فلم يجز لما دخله من البيع والسلف (مسئلة) وان كان المبيع بالنقد مكيلا أو موزونا أو معدودا فلا يخلو أن يكون غير مطعوم أو مطعوما فان كان غير مطعوم فباعه بدينار نقدا فلا بأس أن يستقيل المبتاع قبل النقد على أن يزيده دنانير أو ما شاء معجلا وذلك مثل أن يبيعه مائة رطل حديد بعشرة دنانير فيستقيل على دينار يعطيه اياه قال محمد بن المواز اذا كانت الزيادة في مجلس الاقالة فان تأخرت دخله في زيادة الدنانير بيع وسلف ويدخله في بيع الورق صرف مستأخر ويدخله في زيادة العرض الدين بالدين وعندي انه يرد فسخ دين في دين وانما يجوز في تعجيل الورق اذا كانت أقل من صرف دينار وهذا عندي ما لم يغب المبتاع على السلعة الموصوفة ولو غاب عليها لم يجز أن يقال منها بشئ يزيده لانه يدخله بيع وسلف لان عينه لا تعرف ولو كان غير مكيل ولا موزون ولا معدود لجاز ذلك وان غاب عليه المبتاع لانه مما يعرف بعينه (مسئلة) فان كان المبيع مكيلا غير مطعوم وكان الثمن عينا مؤجلا لم يجز أن يزيده المبتاع ذهبا من جنس الثمن نقدا ولا الى أجل أقرب من أجل الثمن ولا أبعد منه قال المحمدون لأنه يدخله بيع وسلف ويدخله ذهب بذهب وعرض الى أجل ولا بأس أن يزيده من جنسها زاد العتبي في وزنها الى الاجل ولا يجوز أن يزيده من غير جنسها نقدا ولا مؤجلا ولا يجوز أن يزيده ورقا نقدا ولا مؤجلا ولا بأس أن يزيده عرضا مؤجلا (مسئلة) فان كان الثمن عرضا مؤجلا ففي كتاب المحمدين الثلاثة لا يزيده المبتاع عرضا من غير جنس الثمن مؤجلا لأنه يدخله الدين بالدين ولا بأس أن يزيد عرضا من جنس الثمن ولا يدخله الدين بالدين لأن الدين بالدين انما هو في جنسين مختلفين فاما اشتغال الذمتين بجنس واحد فلا يدخله في هذا الباب الدين بالدين ومعنى ذلك عندي أن يحمل على المقاصة ولو اشترط كل واحد منهما النقد والانتقاد لدخله الدين بالدين ويمنع من ذلك الا أن تضعف التهمة فيه لأن هذا المعنى ليس فيه بمقصود في الزيادة ولا معتاد (فرع) فان زاده من جنس الثمن معجلا أو مؤجلا الى غير الأجل لم يجز فيه التفاضل ذكر ذلك المحمدون عن ابن القاسم وأشهب وعبد الملك ومعنى ذلك عندي أن بيع ثوب بثوبين الى أجل يحرم لنفسه فلذلك منع ما كان ذريعة اليه ولو منع للذريعة الى سلف جر منفعة لما حرم هذا بسبب الذريعة اليه (مسئلة) فان كان المبيع طعاما مكيلا فلا يجوز أن يزيد أحدهما صاحبه شيأ من الاشياء ويقيله منه على الكيل

لما يدخله من بيع الطعام قبل استيفائه فان كان اكتاله ولم يغب عليه المبتاع وكان الثمن نقدا أو لم ينقد بعد فقد روى عيسى عن ابن القاسم لا بأس أن يزيده المبتاع نقدا ما شاء من ذهب وورق وعرض وطعام من جنسه ومن غير جنسه وعندى أنه يجب أن يراعى فى الورق أن يكون أقل من صرف دينار لئلا يدخله بيع وصرف وقد رأيت هذا لبعض مشايخنا والله أعلم (فرع) قال ولا يجوز أن يزيده شيأ مؤجلا لأنه يدخله بيع وسلف وفى زيادة العرض فسخ دين فى دين وفى زيادة الذهب والورق الاجل فى الذهب بالذهب أو بالورق وعندى أنه يدخله بيع وسلف وهى الثانية من مسائل ربيعة وان كان نقده الثمن فهو بيع حادث يجوز فيه ما يجوز فى سائر البيوع ص ﴿قال مالك فى الرجل يبيع من الرجل الجارية بمائة دينار الى أجل ثم يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الذى باعها به الى أبعد من ذلك الأجل الذى باعها اليه أن ذلك لا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يبيع الرجل الجارية الى أجل ثم يبتاعها الى أجل أبعد منه يبيعها بثلاثين دينارا الى شهر ثم يبتاعها بستين دينارا الى سنة أو الى نصف سنة فصار ان رجعت اليه سلعته بعينها وأعطاه صاحبه ثلاثين دينارا الى أشهر بستين دينارا الى سنة أو الى نصف سنة فهذا لا ينبغى﴾ ش وهذا كما قال مالك رحمه الله أن من باع جارية بثلاثين الى أجل فانه لا يجوز أن يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الى أبعد من ذلك الاجل اذا كان على وجه غير المقاصة لأنه يقبض عنه عند الاجل الاول ثلاثين ويدفع اليه عند الاجل ستين وما تقدم من بيع الجارية وابتياعها لغو توصلا به الى بيع ثلاثين دينارا بستين دينارا وذلك ممنوع وبهذا قال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى وأحمد بن حنبل وطاوس وسعيد بن جبير وقال الشافعى ذلك جائز وقد استدل أصحابنا فى ذلك بما رواه أبو اسحق السبيعى عن أم يونس واسمها العالية أن عائشة رضى الله عنها قالت لها أم محبة أم ولد زيد بن أرقم الانصارى يا أم المؤمنين أتعرفين زيد بن أرقم قالت نعم قالت فانى بعته عبدا الى العطاء بثمانمائة درهم فاحتاج فاشتريته قبل محل الاجل بستمائة درهم قالت بئسما اشتريت أبلغى زيد بن أرقم انه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب قالت فقلت أرأيت ان تركت المائتين ثم أخذت الستمائة قالت نعم فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ودليلنا من جهة المعنى أن هذا بيع آل بين متبايعين الى دنانير بأكثر منها فوجب أن يفسد ذلك كما لو باعه دينارا بدينار الى أجل (مسئلة) وجملة هذا أن الذى يتحرر منه فى هذا الباب أن يؤول أحدهما الى بيع الشئ بجنسه متفاضلا الى أجل فان سلمت المسئلة من ذلك فهى صحيحة وان أدى الى ذلك نظر فيه وهو على قسمين أحدهما أن يكون الثمنان عينا والثانى أن يكون غير عين فان كان عينا فانه على ضربين أحدهما أن يكون البيع الثانى على المقاصة والثانى أن يكون على غير المقاصة فان كان على المقاصة بالثمن فانه يجوز أن يشترى السلعة التى باعها الى الأجل بمثل ذلك الثمن وبأقل وبأكثر والى أقرب من ذلك الأجل وأبعد بأقل من ذلك الثمن أو أكثر لا يسلم من تسليم العين فى مثله لأنه ان كان بمثل ذلك الثمن فهى اقالة محضة وان كان بأقل أو أكثر فالوزن يكون من أحدهما دون الآخر (مسئلة) فان لم تكن على المقاصة فان فيه تسع مسائل على ثلاث أحوال قبل الاجل بمثل الثمن وأقل وأكثر والى الاجل على الثلاثة الوجوه والى أبعد من الاجل بمثل ذلك يبطل منها مسئلتان ويصح سائرها وهما الى قبل الاجل بأقل من الثمن والى أبعد من الاجل بأكثر من الثمن ووجه ذلك أنه اذا اشتراها الى أقرب من الاجل بأقل من الثمن أعطى قبل الأجل ثلاثين وأخذ عند الاجل ستين وان كان لابعد من الاجل بأكثر من

* قال مالك فى الرجل يبيع من الرجل الجارية بمائة دينار الى أجل ثم يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الذى باعها به الى أبعد من ذلك الأجل الذى باعها اليه ان ذلك لا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يبيع الرجل الجارية الى أجل ثم يبتاعها الى أجل أبعد منه يبيعها بثلاثين دينارا الى شهر ثم يبتاعها بستين دينارا الى سنة أو الى نصف سنة فصار ان رجعت اليه سلعته بعينها وأعطاه صاحبه ثلاثين دينارا الى شهر بستين دينارا الى سنة أو الى نصف سنة فهذا لا ينبغى

الثمن فهي المسئلة التي ذكرها مالك رحمه الله وان كان قبل الاجل بأكثر من الثمن أو بمثله لم يتهم أحد في أن يعطي ستين دينارا في ثلاثين دينارا الى أجل ولا في ستين الى أجل واذا كان الى الاجل فالوزن من أحدهما وتبعد التهمة في ان يقصدا الوزن جميعا لكون الثوب المبيع واحدا والنقد واحد فليس في ذلك غرض مقصود واذا كان الى أبعد من الاجل بأقل من الثمن أو بمثله فهو أيضا يعطي ستين ويأخذ ثلاثين أو ستين عند الاجل ولا تهمة في مثل هذا (فرع) ومن باع سلعة بعشرة دراهم الى شهر فابتاعها بخمسة نقدا أو خمسة الى شهرين فاختلف أصحابنا في ذلك فجوزه ابن القاسم ومنعه ابن الماجشون وانما اختلفا في كراهيته لضعف التهمة فيه لأنه انما يؤول الى أن سلف أحدهما صاحبه على أن يسلفه الآخر وهذا غرض يقل عمله وينظر في هذا أبدا الى استواء الثمنين فان تساويا فهو جائز (مسئلة) وان كان الثمن عرضا مثل أن يشتريه منه بخمسة أثواب مضمونة في ذمته الى أجل ثم يبيعه منه بثياب بجنسها فلا بأس بذلك على وجه المقاصة اشتراه بأكثر من تلك الثياب أو بأقل أو بمثلها الى أقرب من الأجل أو أبعد منه أو الى الأجل الأول فان لم يكن على المقاصة دخلته التسعة الوجوه المذكورة قبل هذا الا انه يبطل منها أربعة ويصح سائرها فالتي تبطل أن يقيله الى أقرب من الأجل بأقل من الثمن أو أكثر ومثل ذلك يدخل الى أبعد من الأجل فأما الوجهان الأولان فهما أقرب من الأجل بأقل من العدد والى أبعد من الأجل بأكثر من ذلك العدد فهو ذريعة الى سلف وزيادة وأما الوجهان الآخران فهما الى أقرب من الأجل بأكثر من العدد والى أبعد من الأجل بأقل من العدد فهو كبيع الجنس بجنسه متفاضلا الى أجل فاما على قول من قال من أصحابنا ان ذلك محرم لنفسه فهما كالوجهين الأولين وأما من قال من أصحابنا انه محرم للذريعة فان هذه المسئلة يتعلق المنع فيها بذريعة الذريعة وقد قال جماعة من أصحابنا ان ذريعة الذريعة لا تؤثر في المنع والله أعلم وقد ذكر عبد الحق رحمه الله فيمن باع ثوبا بقفيز حنطة الى أجل واشتراه بقفيز حنطة نقدا لا ينبغي ذلك ويتقي أن يكون دفع قفيزين ليضمن له القفيز الى أجل وذلك بخلاف العين قال وقيل الأمر سواء التهمة مرتفعة وهي مسئلة يتنازع فيها وما علمت فيها رواية والذي عندي ان الخلاف انما وقع للوجه الذي ذكرته والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو باع ثوبا بعشرة دراهم الى أجل فاشتراه قبل الأجل بخمسة دراهم نقدا وبثوب من نوعه أو من غير نوعه فقد قال ابن القاسم لا خير في ذلك لان هذا بيع وسلف لانه كان أسلفه خمسة دراهم على ان باعه ثوبه الثاني بخمسة دراهم الى شهر فصار اذا حل الأجل كان خمسة قضاء عن الخمسة التي دفع اليه قبل محل الأجل وخمسة من ثمن الثوب الباقي وهذا كما قال لان البائع يرجع اليه ثوبه ويدفع اليه الآن خمسة دراهم وثوبا ويأخذ عند الأجل عشرة دراهم خمسة دراهم عن ثوبه الذي أعطاه آخرا وخمسة قضاء للخمسة الدراهم التي دفع معه على أنها من ثمن الثوب الأول والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن باع ثوبين بعشرة دراهم الى أشهر ثم اشترى أحدهما بثوب نقدا وبخمسة دراهم نقدا فقد قال ابن القاسم لا يصح لانه يدخله بيع وسلف ويدخله أيضا فضة وسلعة نقدا بفضة الى أجل (فرع) فاذا ثبت ذلك فقد قال بعض القرويين ان الثوب الذي بقي بيد المبتاع من الثوبين الأولين لا يفسخ فيه البيع لان العقد فيه صحيح وينظر فان كان الثوبان الآخران قائمين ردا فان فاتا فاما الثوب الذي رجع الى البائع فلا تفيته عنده حوالة الاسواق وانما يفيته التغيير الشديد فاذا فات بما ذكرنا سقط من الثمن المؤجل حصة ذلك الثوب وهو مما سميناه له وأما الثوب الذي دفعه البائع آخرا فحكمه ما قارن بيعه السلف فيما يفوت به ومقدار

قيمته يحصل لكل واحد من الثلاثة الأثواب حكم يختص به وهذا انما أبينه على قول من قال انه انما يفسخ العقد الثانى بتصحيح الأول فاذا لم تفت الثياب بقى الثوب الأول بيد المبتاع لانه يصح بفسخ العقد الثانى على قول سحنون وأما على قول من قال يفسخ العقدان فان التراد يقع فى الأثواب الثلاثة واذا فاتت الثياب فأكثر أصحابنا على رد العقدين فلا يصح هذا فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما الثوب الذى رده المبتاع الى البائع فقال فيه ماتقدم ولم يبين وجهه والأظهر ان حكمه حكم الثوب الثالث لانه ان كان البيع الثانى فاسدا فالفساد يتناول العوض ولا خلاف أن من باع ثوبا بثوب على انه سلف فان حكم الثوبين فى التراجع والفوات سواء وانما يختلفان فى القيمة على قول ابن القاسم وان كان العقد صحيحا وانما ينقض لتصحيح الثانى الذى دخلته الشبهة باجتماعهما فهذا حكم الثوب الثانى والله أعلم وقد بسطت القول فيه فى شرح المدونة

(فصل) وقوله فى الثوب الثالث وهو الذى دفعه البائع فى العقد الثانى انه يحكم له بحكم ما قارن بيعه سلفا فيه أيضا نظر وذلك ان تعلق الفساد به من وجهين أحدهما ماذكرناه من البيع والسلف وذلك ان البائع باعه من المشترى بخمسة دنانير وأسلفه خمسة دنانير ليقبض منه عشرة عند الأجل والثانى أنه باع منه البائع هذا الثوب وخمسة دنانير نقدا بالثوب الذى رد اليه المبتاع وبالعشرة دنانير المؤجلة فيدخله العرض بالعرض مع كل واحد منهما عين وأحدهما القيمة بالغة ما بلغت والثانى القيمة مالم تكن أكثر من الثمن لان البائع قد رضى به على أن يسلفه وان قلنا انه ممنوع للوجه الآخر ففيه القيمة بالغة ما بلغت (فرع) اذا ثبت ماذكرناه ووقع شئ من هذه البياعات الممنوعات على هذا الوجه فان كانت السلعة لم تفت فسخت البيعة الثانية وصحت الأولى قاله سحنون وقال غيره تفسخ البيعتان جميعا ولا أن يصح انهما لم يتعاملا على البيعة انما وجدها تباع فابتاعها بأقل من الثمن فهذا تفسخ البيعة الثانية وتصحح الأولى وجه ما قاله سحنون ان البيع الأول معقود على الصحة وانما أقام شبهة الفساد العقد الثانى فاذا أمكن تسليم الأول منه خص بالنقض دون الأول ووجه الرواية الثانية انه انما حكمنا بالفساد فى ذلك لما أقمناهما مقام العقد الواحد فى ذلك فاذا لم تعلم السلامة من ذلك وجب فسخ العقود لانهما كالايجاب والقبول فى عقد واحد (فرع) وان فاتت السلعة فالمشهور من قول أصحابنا ابطال البيعتين جميعا وذلك اذا فاتت بعد القبض للسلعتين جميعا وان هلكت بيد المبتاع قبل أن يقبضها البائع الأول فالذى عندى ان البيع الثانى يبطل خاصة ويثبت الاول ولم أر فيه نصا فاما ان فات بعد القبض بيد البائع الأول فلا يخلو أن يكون الثمنان قبضا أو قبض أحدهما أولم يقبضا فان كان الثمن المعجل (١) وان كان قبض فقد قال ابن المواز يرد المبتاع الاول على البائع الاول الثمن الذى قبض منه ولم يذكر معجلا ولا مؤجلا ونحو ذلك وذكر ابن عبدوس فى المجموعة والذى عندى انه يكون معجلا أو الى أجل أقرب من أجل الثمن الآخر وذكر شيوخنا الاندلسيون فى ذلك تفصيلا وهو انه اذا باعه ثوبا بعشرة مؤجلة ثم اشتراه منه بخمسة معجلة فقبض المبتاع الخمسة وفات الثوب عند البائع الاول فانك تنظر الى قيمة الثوب فان كان عشرة فصاعدا غرم البائع الأول للمبتاع الأول تمام القيمة يقاصه منها بخمسته التى قبض منه ووجه قول ابن المواز وابن عبدوس ماتقدم من ان العقد الثانى وتعجيل الثمن فيه أثبت الفساد فاذا انتقض زال موجب الفساد . ووجه قول الاندلسيين انه اذا كان قيمة الثوب العشرة فاكثر ضعفت التهمة فى انهما عملا على ذلك فلم يفسخ الا العقد الثانى لانه هو الذى ثبت به صورة الفساد دون معناه وان كانت قيمة الثوب أقل من

العشرة قويت التهمة فى انهما عملا على ذلك وكان للعقدين حكم العقد الواحد فوجب أن يفسخ
(فرع) وان قبض الثمنان معا وفاتت فعلى قول ابن المواز وابن عبدوس يلزم البائع الاول أن يرد الى المبتاع الاول ما أخذ منه زيادة على ما أعطاه
(فصل) وهذا اذا كان البيع قبل تغير السلعة المبيعة فاما اذا كان بعد تغيرها فى نفسها تغيرا يحيل الاغراض فيها فقد روى ابن القاسم عن مالك فى الدابة أو البعير يبتاعها بثمن الى أجل فيسافر عليها المبتاع السفر البعيد فيأتى وقد أبعضها فيبتاعها منه البائع بأقل من ذلك الثمن نقدا انه لا بأس بذلك لانه لا يتهم فى مثل هذا وروى عنه أشهب اذا احدث بها عور أو عرج أو قطع حتى يعلم انهما لم يعملا على فسخ انه لا يصلح هذا ولا يؤتمن عليه أحد وبه أخذ سحنون وجه رواية ابن القاسم ان الذرائع مبنية على قوة التهمة والتهمة مرتفعة مع التغيير الشديد لاختلاف الاغراض فصح ذلك بينهما ووجه رواية أشهب مراعاة المآل دون قوة التهمة ورواية ابن القاسم أجرى على أصول المذهب وبالله التوفيق والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان المبيع طعاما فباعه على الكيل بثمن الى أجل فلا يجوز بيعه قبل استيفائه نقدا ولا الى أجل وانما تجوز فيه الاقالة والتولية على ما يأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله فان استوفاه فباعه منه قبل أن يفترقا فحكمه حكم الثوب يبيعه بثمن الى أجل ثم يبتاعه منه بالنقد تجوز فيه السبعة الوجوه التى قدمنا ذكرها ويبطل وجهان (مسئلة) فان غاب عليه المبتاع فالذى اتفق على منعه منه وجهان أحدهما أن يشترى منه بأكثر من الطعام الاول والثانى أن يشترى منه بأقل من الثمن الاول نقدا لانه اذا اشترى منه بأكثر من الطعام الاول فقد أسلفه طعاما فى أكثر منه وان اشترى منه بأقل من الثمن الاول نقدا فقد أسلفه دنانير فى أكثر منها الى أجل (فرع) وأما ان باع منه أقل من كيل ذلك الطعام بأقل من ذلك الثمن مثل أن يبيع منه مائة أردب بمائة دينار الى شهر ثم يشترى منه خمسين أردبا بخمسين دينارا نقدا فهذا لا يجوز لما قدمناه من الشراء بأقل من الثمن لانه يدخله انه رد اليه الخمسين وأخذ منه الخمسين أردبا معجلة وخمسين دينارا معها ليدفع اليه مائة دينار عند الأجل وهذا بيع وسلف وان كان بمثل الثمن ففى المدونة عن مالك فيمن باع طعاما بثمن الى أجل فلما حل الأجل أخذ منه أقل من ذلك الكيل بجميع ذلك الثمن لا يعجبنى ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم لا بأس به وجه القول الاول انه كره أن يدفع اليه مائة أردب ويأخذ منه خمسين أردبا بعد مدة فتكون معه مائة الى أجل بخمسين من جنس ذلك الطعام وذلك غير جائز ووجه الرواية الثانية بعد التهمة فى مثل هذا (فرع) ولا بأس أن يشترى منه مثل ذلك الكيل بمثل الثمن فأكثر نقدا أو الى أجل لانه يسلم فى الطعام من السلف للمنفعة ويسلم فى العين من مثل ذلك أيضا وبالله تعالى التوفيق

﴿ ماجاء فى مال المملوك ﴾

﴿ماجاء فى مال المملوك﴾ * حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع ﴾ ش قوله من باع عبدا وله مال هذا يقتضى ان العبد يملك وهو قول مالك وقال أبو حنيفة والشافعى لا يملك العبد شيأ ودليلنا على ذلك ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع ووجه الدليل انه أضاف المال الى العبد باللام واللام تقتضى الملك فان قيل لا نسلم انها تقتضى الملك بل تحتمل أن يراد بها اليد

والتصرف يقال الولاية في المال لفلان ويحتمل أن يراد بها الاختصاص يقال الحركة للحجر ويحتمل أن يراد بها النسب يقال الولد لزيد ولا يدل شيء من ذلك على الملك فالجواب ان اللام متى قرن بها ما يملك اقتضت الملك وانما تقتضي ما ذكرتم من اليد والتصرف والاختصاص والنسب اذا تعلقت بما لا يملك والمال مما يملك فاذا قرن بها حمل على الملك الا أن يعدل عن ذلك بدليل يدل اذا قال هذا المال لزيد فهم منه ملكه له ويدل على ذلك ان بمثل هذه الاضافة أضيف المال الى البائع فدل ذلك على ملكه له ووجه آخر من الحديث وذلك انه قال الا أن يشترطه المبتاع فنفى حينئذ أن يكون للبائع وأن يكون اذا اشترطه المبتاع مضمرا غير مظهر فاحتمل أن يكون للمبتاع واحتمل أن يكون للغير والظاهر من الكلام ان المضمر في الكلام هو المنطوق به في المستثنى منه ان المال للعبد فوجب أن يكون الضمير ينصرف اليه فيكون معناه الا أن يشترطه المبتاع فيكون لمن كان له قبل البيع وهو العبد

(فصل) وقوله فماله للبائع يريد والله أعلم ان بمجرد البيع يزول ملكه عن المال ويدخل في ملك البائع فيكون بيده كالمال المستفاد لانه حينئذ يصح ملكه فيثبت بذلك ان البيع يقتضي انتزاع السيد مال العبد لان له شبهة في ملكه تثبت بملك انتزاعه متى شاء وكذلك لا يكمل ملك العبد ولا يملك التصرف في ماله دون اذن سيده فاذا زال العبد عن ملكه بالبيع تعلق به حق السيد وحق العبد ولم يصح أن يبقى المال بينهما على هذه الحال بعد البيع للحاجة الى التفرق ولان حق الانتزاع يبطل لان الانسان لا يملك انتزاع مال عبد غيره فلما لم يكن ابقاؤه على ما كان عليه أولا ولم يكن بد من تغليب أحد الحقين غلب حق السيد لانه مغلب في حال ملكه لانه يملك تفويته والتصرف فيه دون اذن العبد والعبد لا يملك تفويته ولا التصرف فيه دون اذن السيد (مسئلة) اذا ثبت أن المبتاع يجوز له أن يشترط مال العبد فانه لا خلاف في جواز ذلك في نفس العقد لانه مقتضى لفظ الحديث في ذلك بقوله الا أن يشترطه المبتاع ولا يوصف هذا بانه شرط الا أن يكون ذلك شرط في عقد البيع والا كان بيعا مبتدأ المال فان لم يشترطه في نفس العقد ثم أراد أن يزيد البائع شيأ ليلحق المال بالبيع فقد اختلف أصحابنا فيه وروى أشهب عن مالك ان ذلك غير جائز وبه أخذ ابن وهب وأشهب وابن عبد الحكم وروى عن مالك وأشهب ان ذلك جائز وبه أخذ ابن القاسم من رواية عيسى عنه قال ابن القاسم وان كان ماله عينا فاشتراه بعين وأما ان كان عرضا فليس فيه كلام وروى أصبغ وأبو زيد عن ابن القاسم ان كان ذلك بحضرة البيع وقربه فهو أمر جائز والا لم يجز وجه رواية المنع ان العبد لما بيع دون اشتراط المال خرج المال عن ملك العبد الى ملك السيد فلا يجوز الحاقه بالعقد لانه قد ثبت له حكم لو كان ثابتا حين البيع لما جاز للمبتاع اشتراطه وهو كونه ملكا ووجه رواية ابن القاسم أن المبتاع لا يشترط المال لنفسه وانما يشترطه ليعيده الى ملك العبد بمنزلة أن يدفع الى العبد دنانير وأن يعطى هذا العبد مالا فان ذلك جائز ووجه آخر وهو أن ما جاز أن يكون تبعا في العقد جاز أن يكون تبعا بعد العقد كالثمرة المأبورة ولا يلزم هذا مالكا ولا ابن وهب ولا ابن عبد الحكم لانهم لا يجيزون ذلك في الثمرة وانما يلزم ذلك أشهب فانه يجيزه في الثمرة والفرق بينهما أن الثمرة يجوز أن تكون تبعا للأصل حين العقد وهي ملك للبائع ومال العبد لو كان ملكا للبائع حين العقد لما كان تبعا للعبد فكذلك اذا انتقل الى البائع بالعقد (فرع) وأما معنى القرب والبعد على رواية أبي زيد وأصبغ ففي المبسوط أن معنى القرب أن لا يدخل المال زيادة ولا نقص وأما

ان دخله نقص أو زيادة فقد بعد وامتنع الحاقه بالعقد والله أعلم وأحكم (مسئلة) فاذا احدث العبد مال فى مدة العهدة أو الخيار وقد اشترط المبتاع مال العبد فهو للعبد بأى وجه كان وان لم يشترطه المبتاع فهو للبائع بأى وجه كان ذكر ذلك عيسى عن ابن القاسم (مسئلة) وهل يجوز أن يشترط بعض مال العبد أولا روى ابن حبيب عن مالك ان ذلك غير جائز وروى عن أشهب اجازته حين العقد وبعده ووجه القول الأول ان ماتبع المبيع فى البيع لا يجوز أن يشترط اتباع بعضه أصل ذلك ماتبعه بالشرع ومقتضى العقد وهو ثمرة مأبورة أو غير مأبورة فى أصل المبيع ووجه القول الثانى ان هذا المال يثبت بعقد البيع فجاز أن يستحق بعضه كالثياب يجوز شراء جميعها وشراء بعضها (مسئلة) وهذا اذا كان العبد جميعه للبائع فان كان له بعضه فانه على ضربين أحدهما أن يكون الباقى لغيره والثانى أن يكون حرا فان كان رقيقا لغيره لم يحل أن يبيع حصته من شريكه أو من أجنبى فان باعها من شريكه فلا يجوز بيعه منه على الاطلاق لان الاطلاق فى العقد يقتضى أن يكون له من مال العبد بقدر ماله فى العبد ولا يجوز له انتزاعه الا باذن الشريك والاذن معدوم فان اشترطه البائع فقد قال سحنون هو جائز وهو كالمقاسمة وهو قول صحيح لان رضا المبتاع بالشرط اذن له فى انتزاع حصته من المال وذلك غير جائز على المشهور من المذهب فان اشترطه المبتاع فأما على قول ابن القاسم فى تجويزه للمبتاع اشتراط مال العبد فجوازه ظاهر وأما على قول أشهب فى المنع من ذلك فانه يحتمل وجهين أحدهما ان ذلك غير جائز لانه استثناء لبعض مال العبد والثانى أنه لا يجوز لانه لم يبق بيد البائع ما يكون به المبتاع مستثنيا لبعض المال بل قد استثنى جميع ما كان للبائع منه (مسئلة) فان باعه من غير شريكه فاشترطه البائع أو أطلق العقد لم يجز رواه أشهب عن مالك وعيسى عن ابن القاسم لان اشتراط البائع له يقتضى انتزاعه ولا يجوز ذلك الا باذن شريكه ولم يوجد الاذن والاطلاق فى العقد يقتضى ما يقتضيه هذا الشرط فان اشترطه المبتاع فأما على قول من يجيز اشتراط المبتاع بعض المال فهو ظاهر وأما على قول من لا يجيزه فقد روى عيسى عن مالك تجويزه ووجه ذلك ان المبتاع قد شرط جميع ما تعلق به حق البائع من المال فكان ذلك جائزا كما لو كان العبد له فاشترط جميع ماله (مسئلة) وان كان النصف الثانى حرا فعندى انه لا يجوز بيعه على الاطلاق ولا يشترط كون المال للبائع لانه لا يملك انتزاع مال من فيه جزء من الحرية ويجوز بيعه بشرط المال بيد العبد لان ذلك ينفى انتزاع شئ من المال ص

﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع ان اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو دينا أو عرضا يعلم أو لا يعلم وان كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقدا أو دينا أو عرضا وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وان كانت للعبد جارية استحل فرجها بملكه اياها وان عتق العبد أو كاتب تبعه ماله وان أفلس أخذ الغرماء ماله ولم يتبع سيده بشئ من دينه ﴾ ش وهذا كما قال ان المبتاع اذا اشترط مال العبد فهو له يريد انه للعبد ويصح أن يرجع الضمير للمبتاع فيريد أن له ما شرط والذى شرط أن يكون المال للعبد ويبقى على ملكه بحسب ما كان قبل ابتياعه ولو كان البائع قد انتزع المال واشترطه المبتاع لكان قد اشترى عبدا ومالا فيفسد بالجهل والتفاضل فيما لا يجوز التفاضل فيه ويبين ذلك ما رواه أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية فى الذى يبيع العبد ويقول ماله مائة دينار أوفيكها لا يجوز قال ابن أبى زيد والثمن عين وجه ذلك انه لما التزم التوفية كان ذلك مالا متبرعا به يدفعه البائع الى المبتاع

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع ان اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو دينا أو عرضا يعلم أو لا يعلم وان كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقدا أو دينا أو عرضا وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وان كانت للعبد جارية استحل فرجها بملكه اياها وان عتق العبد أو كاتب تبعه ماله وان أفلس أخذ الغرماء ماله ولم يتبع سيده بشئ من دينه

(فصل) وقوله نقدا أودينا أوعرضا يعلم أولا يعلم وان كان للعبد مال أكثر مما اشترى به يريد أن اشتراط المبتاع هذا المال لا يفسد العقد بان يكون المال المشترط عينا أكثر مما اشترى به من العين أو يكون دينا مؤجلا فيشترى بالدين أو بالنقد أو يكون المشترط من المال مجهولا عند المتبايعين أو أحدهما لأن ما اشترط من ذلك ليس بعوض فى البيع فيؤثر فيه الفساد بشئ مما ذكرنا لأن المبتاع لم يشترطه لنفسه وانما اشترط بقاءه على ملك العبد فليس بعوض فى البيع استدل مالك رحمه الله على ذلك بأن قال وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وان كان للعبد جارية استحل فرجها بملكه اياها فأما الفصل الاول فهو انه لا زكاة على السيد فى مال العبد فقد خالفنا فى ذلك من يخالفنا فى ملكه وقد تقدم ذلك فى كتاب الزكاة وأما الفصل الثانى وهو ان العبد يستبيح وطء أمته بملك يمينه فهو فصل صحيح وذلك انه لا يستباح الوطء الا بأحد أمرين نكاح أو ملك يمين فاذا لم يكن للعبد فى أمته نكاح لم يبق الا ان يستبيح وطأها بملك اليمين لا خلاف فى جواز ذلك فيثبت بذلك ملكه لها واذا صح ملكه للاماء صح ملكه لغير ذلك من الاموال لأن أحدا لم يفرق بينهما

(فصل) وقوله وان أعتق العبد أو كاتب تبعه ماله يريد أن ماله يتبعه باطلاق العتق دون اشتراطه بخلاف البيع وذلك ان زوال ملك السيد عن العبد على أربعة أوجه أحدها المعاوضة كالبيع والنكاح ففى هذا لا يتبعه المال الا بالشرط وبه قال مالك والنخعى والليث خلافا للحسن البصرى والزهرى فى قولهما ان المال تبع للعبد فى البيع والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم وهو قوله صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع والوجه الثانى العتق وما فى معناه من العقود التى تفضى الى العتق وتسقط النفقة عن السيد كالكتابة ففى هذا المال يتبع العبد الا أن يشترطه السيد وقال أبو حنيفة والشافعى هو للسيد فى العتق والدليل على ما نقوله أن الكتابة لما كانت تفضى الى العتق ملك المعتق بها ماله فبان يملكها بالعتق أولى وأحرى والوجه الثالث الجناية فان المال يتبع فيها الرقبة وينتقل بانتقالها وسيأتى تفسيره فى الجنايات ان شاء الله تعالى والوجه الرابع الهبة والصدقة فقد اختلف أصحابنا فيها فقال بعضهم يتبع المال العبد لأنه منتقل عن ملك سيده بغير معاوضة فأشبه انتقاله بالعين وقال بعضهم يتبع ماله والمال للواهب لأنه منتقل عنه باختياره الى المالك فلم يتبعه ماله كالبيع

(فصل) وقوله فان أفلس أخذ الغرماء ماله وذلك ان فلس العبد يكون بان يأذن له سيده فى التجارة فيستغرق الدين ماله فان الغرماء يأخذون ماله ولا حق لهم من ذلك قبل سيده ولا فى رقبته لأنه انما تناول اذنه له فى التجارة ما بيده من المال ومبايعته انما تقتضى تعلق الدين بذمته دون خدمة سيده ودون رقبته

﴿ ماجاء فى العهدة ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن أبان بن عثمان وهشام بن اسمعيل كانا يذكران فى خطبتهما عهدة الرقيق فى الايام الثلاثة من حين يشترى العبد أو الوليدة وعهدة السنة ٭ قال مالك ما أصاب العبد أو الوليدة فى الأيام الثلاثة من حين يشتريان حتى تنقضى الأيام الثلاثة فهو من البائع وان عهدة السنة من الجنون والبرص والجذام فاذا مضت السنة فقد برئ البائع من العهدة كلها ﴾ ش قوله ان أبان بن عثمان وهشام بن اسماعيل كانا يذكران فى خطبتهما عهدة

﴿ ماجاء فى العهدة ﴾

حدثنى يحيى عن مالك عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن أبان بن عثمان وهشام بن اسماعيل كانا يذكران فى خطبتهما عهدة الرقيق فى الأيام الثلاثة من حين يشترى العبد أو الوليدة وعهدة السنة قال مالك ما أصاب العبد أو الوليدة فى الأيام الثلاثة من حين يشتريان حتى تنقضى الأيام الثلاثة فهو من البائع وان عهدة السنة من الجنون والبرص والجذام فاذا مضت السنة فقد برئ البائع من العهدة كلها

الرقيق يريد انها من الامور المشهورة المعمول بها التى كان الامراء يهتمون بها ويجعلونها من أوكد اللوازم حتى كادوا يدخلون ذلك فى الخطب لئلا يخفى على أحد ممن قرب من المدينة ولا بعد عنها لأن المدينة كانت لاتنفك عن قادم عليها من جميع الافاق وكانوا يحضرون الجمع وأوقات الخطب فيسمعون تكرر ذلك فى الخطب من الامراء أو ممن يرجع الى قولهم ويمتثل أمرهم ثم لاينكر ذلك عليهم منكر ولاينهاهم عنه ناه لكونه شايعا معمولا به عند الأئمة من أهل المدينة الذين يؤخذ عنهم العلم واليهم كان يرجع فيما اختلف فيه منه ولان أمير المدينة لم يكن يدخل ذلك فى خطبته الابعد مشاورة أهل العلم من الصحابة والتابعين بها وموافقتهم له عليها

(فصل) وقوله عهدة الرقيق فى الايام الثلاثة الى آخر الحديث فيه ستة أبواب * الاول منها فى تفسير معنى العهدة وتبيين أحكامها وعددها * والباب الثانى فى محل الحكم بها من البلاد * والباب الثالث فى محل ثبوتها من المبيع * والباب الرابع فى محل ثبوتها من العقود * والباب الخامس فى مقتضى ذكرها * والباب السادس فى حكم العوض منها فى تعجيل أو تأخير

(الباب الاول فى تفسير معنى العهدة)

معناها تعلق المبيع بضمان البائع وكونه مما يدركه من النقص على وجه مخصوص مدة معلومة وذلك أن البيع فيما فيه العهدة لازم لاخيار فيه ولكنه مترقب مراعى فان سلم فى مدة العهدة علم لزومه للمبتاع والبائع جميعا وان أصابه نقص علم لزومه للبائع وثبت الخيار للمبتاع فى امضائه أو رده كعيب دلس به البائع لايعلم براءته من التدليس بالعيب الذى ظهر فى مدة العهدة وهى مضافة الى ملكه لما تعلقت التهمة به من التدليس وهى مغلبة على تجويز براءته ولذلك حكمنا عليه بارد بالعيب اذا وجد فى مدة ملكه وان كنا لانعلم أنه دلس به (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المبيع الذى ثبتت فيه العهدة على ضربين أحدهما فيه استبراء ومواضعة وسيأتى ذكره والثانى ليس فيه استبراء ولا مواضعة وله عهدتان ولكل واحدة منهما أحكام تختص بها وأما العهدة الاولى فهى ثلاثة أيام هذا مذهب أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم ومنع أبو حنيفة والشافعى ثبوت هذه العهدة اشترط ذلك المشترى أو لم يشترط واستدل أصحابنا فى ذلك بما رواه قتادة عن الحسن عن عقبة بن عامر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاث ليال وروى قتادة عن الحسن عن سمرة قال قال النبى صلى الله عليه وسلم عهدة الرقيق ثلاث ودليلنا من جهة المعنى ان الرقيق يكتمه الافهام والاخبار عما يجده من أسباب المرض ومقدمات العلل فيتبعه سيده لذلك قبل أن يتبين مرضه فحكم فيه بالعهدة ليتبين أمره ويتضح حاله ووجه آخر وهو ان هذا وجه احتياط لايتعلق بالتدليس ويقتضى الاختلاف فى البيوع والتخاصم فجاز أن يعتبر فيه بثلاثة أيام أصل ذلك المصراة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فأول هذه الأيام الثلاثة من يوم عقد البيع ان كان البيع لازما وان كان بالخيار فمن يوم يحكم بلزوم العقد وانما يحتسب فيها باليوم الكامل فان كان البيع قبل الفجر احتسب بما بعده من الأيام وان كان البيع فى بعض النهار فقد روى ابن القاسم عن مالك فى كتاب محمد ان كان البيع نصف النهار لم يحتسب بذلك اليوم وهذا القول مشهور لابن القاسم فى العقيقة ومدة مقام المسافر فى المصر وأما سحنون فيقول انما راعى المقصود من المدة وتلفق أبعاض الأيام فيحتسب فى المقام فى المصر بعشرين صلاة ويجىء على هذا أن تلفق أبعاض الأيام فى العهدة وجه ما قاله ابن القاسم ورواه عن مالك التعلق بلفظ الحديث فى عهدة الرقيق ثلاث وذلك لاينطلق على الساعات وأبعاض الأيام

ومن جهة المعنى ان المعتبر فى ذلك ثبوت حمى الربع وقد يتقدم فى اليوم الثالث ويتأخر فيجب استيفاء اليوم لتعلم السلامة منه ووجه ما يقتضيه قول سحنون انهم يراعون فى ذلك أقصى مدة ادواء الأمراض المعينة المعتادة وهى حمى الربع وتبعيض الأيام فيها مشاهد وكالها غير معتاد فاذا كان ذلك الأصل فى معنى العهدة وجب أن تكون أيامها سنة على ذلك (فرع) اذا ثبت ذلك ان العهدة من وقت لزوم البيع فسواء قبض المبتاع الجارية المبيعة أولم يقبضها فان كانت غائبة غيبة بعيدة تقتضى أن تكون من البائع فان عهدة الثلاث من البائع فاذا انقضت نفى ضمان الغيبة البعيدة كما تنتفى نفقة ضمان الاستبراء بعد انقضاء عهدة الثلاث على أحد قولى مالك وهو قوله ان ضمان العبد المبتاع المعين من البائع حتى يقبضه المبتاع وان لم يمسكه بالثمن وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه لا عهدة فى العبد المبيع نصفه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان عهدة الرقيق فى هذه الثلاثة الأيام لاحقة للبائع بأى وجه أصابه نقص أو هلاك مما يعلم أنه حادث أولا يعلم وذلك انه لما كان أحوال الضمان عليه أغلب وأكثر أجرى جميعه مجرى غالبه وسواء كان ما حدث به من العيب نقص فى جسده أو عيب يختص بنقص ثمنه كالاباق والسرقة والشرب والزنا فان ذلك كله يثبت الخيار للمبتاع عند ابن القاسم وابن الماجشون ووجه ذلك ان هذا عيب لو كان بالمبيع قبل البيع لكان للمبتاع الرد به فاذا حدث فى عهدة الثلاث كان له الرد به كالنقص فى الجسد (مسئلة) فان ذهب شئ من العيوب الجارية قبل أن يرد المبتاع بطل خياره مثل أن يظهر بعينه رماص فيذهب وذلك فيما لا تنتفى عودته فأما ما تعتاد عودته كالحمى ونحوها فان سحنونا قال له الرد الآن لانه لا يأمن العودة سواء رفعه الى الحاكم حين أصابته الحمى أولم يرفعه وقال أشهب لا يعلم ذهابها فان عاودته فى القرب ردّ وان كان بعد الثلاث وجه قول سحنون ان ذهابها ليس ببرء فلا يسقط الخيار ووجه قول أشهب انه على صورة البرء ويحتمل المعاودة فيجب التوقيف حتى يعلم على أى الوجهين كان ردّها به (فرع) اذا ثبت ذلك فان طرأ على العبد أو الأمة أمر فأشكل وقت حدوثه فلم يدر أفى العهدة أو بعدها فمذهب ابن القاسم فى العبد يأبق فى العهدة وقد تبرأ بائعه بالاباق فلم يعلم صحته ولا هلاكه ان ذلك من المبتاع حتى يعلم انه أصابه فى العهدة وروى ابن نافع عن مالك ان ذلك من البائع حتى يعلم انه سلم فى العهدة وجه قول ابن القاسم ان الأصل السلامة ولم يتيقن منه فى العهدة أكثر من الاباق الذى تبرأ منه فلا يلزمه الضمان الا بتيقن سلامته فى عهدة الثلاث (فرع) وعلى البائع نفقة العبد وكسوته ومؤنته فى عهدة الثلاث لانها مرة تلحقه علته فى الضمان العام فلزمه فيها النفقة والمؤنة كمدة الخيار (مسئلة) وللمبتاع أن يسقط العهدة بعد ثبوت العقد ويسقط عن البائع الضمان والنفقة ويبرم العقد فان لم يسقط العهدة ولكنه أحدث فى العبد ما يمنع رده أو يقتضى الرضا به كالعتق ثم حدث عيب فى عهدة الثلاث ففى كتاب ابن المواز تسقط بقية العهدة وقال أصبغ وسحنون العهدة ثابتة وينفذ العتق ويرجع بقيمة العيب وروى ابن حبيب عن ابن القاسم فى عهدة السنة ثلاثة أقوال اثنان مثل القولين المتقدمين والثالث يرد العتق وهذا فى عهدة الثلاث أولى ووجه الرواية الاولى ان هذا عيب حدث بعد العتق فلم يكن له الرجوع به كالعيب يحدث بعد العتق وفى غير عهدة الثلاث ووجه الرواية الثانية ان تمام البيع وانبرامه مراعى بسلامة العبد فى مدة العهدة فاذا حدث فى العهدة عيب تبين أن العقد لم ينبرم فيثبت له الرجوع لانه كعيب حدث عند البائع أو فى مدة الخيار ولا يمنع من ذلك العتق لانه بمنزلة أن يعتق عبدا اشتراه ثم يطلع بعد العتق على

عيب قديم ووجه الرواية الثالثة ان العقد لما كان مراعى وموقوفا على السلامة وكذلك العتق فاذا دخل فيه الخيار لحدوث العيب بطل العتق لانه عتق لم يصادف ملك المعتق

(فصل) وأما العهدة الثانية وهى عهدة السنة فتختص بثلاثة ادواء الجنون والجذام والبرص فكل ماظهر فى هذه المدة من هذه الادواء فهو من البائع هذا مذهب مالك وجماعة أهل المدينة وقال أبو حنيفة والشافعي ذلك كله من المبتاع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالجنون الذى يجب به الرد هو ذهاب العقل من مس الشيطان على هذا جمهور أصحابنا مدنيهم ومصريهم الا ابن وهب فانه قال بأى وجه زال عقله فى السنة من ضربة أو غيرها فهو من البائع ووجه الرواية الاولى ان السنة انما جعلت مدة لهذه العهدة من الادواء الثلاثة لما كانت ادواء توجد أسبابها ويتأخر وجودها وبذلك فارقت سائر الادواء وذهاب العقل بضربة أو معنى طارئ معلوم أن سببه لم يكن موجودا حين التبايع فلم يلزم البائع الضمان ووجه الرواية الثانية ان هذا ذهاب عقل فى عهدة السنة فلزم به الرد كما لو كان عن جنون (مسئلة) فان ذهب بالعبد بهق أو حمرة أو جرب مفرط حتى يقبح منظره لم يرد بشئ من ذلك الا الجذام والبرص لان هذه الادواء التى لا يبرأ منها فى الغالب وينعدم أسبابها تذهب معظم ثمن المبيع والحمرة والجرب والبهق معان يبرأ منها غالبا فاشبهت سائر الامراض (مسئلة) فان ظهر به جنون أو جذام أو برص بين ثم ذهب قبل الرد فقال مالك فى الجنون يرد وقال ابن حبيب فى ذلك كله يرد لان ذلك كله لا تؤمن عودته كالجنون ولان هذه الادواء لا يكاد يبرأ منها فان ظهر بعض البرء فان سببه كامن فيجب به الرد (مسئلة) والذى يرد به من هذه العيوب عند ابن القاسم ماظهر وتيقن فى مدة السنة أو تيقن سببه فى السنة وعلم انه لا يظهر الا بعد السنة فلا يرد به وتابعه على ذلك ابن كنانة قال ابن وهب وأشهب وابن الماجشون وأصبغ يرد بما تيقن بعد السنة اذا شك فيه قبل انقضائها وقال ابن المواز اذا تيقن سببه فى السنة وعلم انه لا يظهر الا بعد السنة رد بذلك وجه قول ابن القاسم ان السنة حد لظهور هذا المعنى لجواز أن تكون أسباب هذا المرض قد اطلع عليها البائع وكانت من الامراض التى تطرأ أما الا صنع فيها للبائع ووجه القول الثانى ان الضمان انما لزم بالعهدة لأجل التدليس ألا ترى ان العبد اذا جنى عليه فى عهدة الثلاث ان ذلك لم يكن مما دلس به البائع ومع هذا فقد لزمه ضمانه (مسئلة) والنفقة والمؤنة فى عهدة السنة على المبتاع ووجه ذلك ان ما يرد فيها هذه الادواء الثلاثة يتوقع وجود أسبابها قبل المبيع وهى زيادة فلم يلزمه ضمان ما يحدث ويتكرر بتوقع مايقل ويندر واذا لم يلزمه الضمان على العموم لم تلزمه النفقة ولم تكن له غلة والأصل فى ذلك مارواه مخلد بن خلاد عن عروة عن عائشة قالت قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الخراج بالضمان وهذا الحديث وان لم يشترط الصحة من وجه الاسناد فقد تعلق به جمهور الفقهاء (مسئلة) وهل تدخل عهدة الثلاث فى عهدة السنة أم لا عن مالك فى ذلك روايتان روى عنه أشهب وابن القاسم ان ابتداء السنة بعد انقضاء الثلاث وبعد انقضاء الاستبراء فيما فيه الاستبراء وروى ابن حبيب عنه ان ذلك داخل فى السنة وان السنة من يوم التبايع ووجه رواية ابن القاسم ان العهدتين متنافيتان أحكامهما مختلفة فوجب أن لا يتداخلا وانما يتداخل من المدد ما تتفق أحكامها ووجه رواية ابن حبيب ان المدتين لازمتان باطلاق العقد لا تفتقر واحدة منهما الى تعيين مدتها فيكون أولهما يوم البيع

(الباب الثانى فى محل الحكم بها من البلاد)

أما محل العهدة من البلاد فاختلف أصحاب مالك فى ذلك فقال ابن حبيب قال المصريون من أصحاب

مالك لا تلزم عهدة الثلاث أهل بلد حتى يحملهم السلطان عليها ومثل ذلك روى عن ابن القاسم عن مالك قال ابن حبيب وروى المدنيون عن مالك يقضي بها بكل بلد وان لم يعرفها أهله وعلى الامام أن يحدثها ويحكم بها على من عرفها وجهلها قبل التقدم فيها وبعده وجه رواية المصريين ان العرف جار بذلك بالمدينة على ما تقدم ولما كان له وجه من وجوه الصحة حمل عليه حيث العرف به دون غيره من البلاد ووجه رواية المدنيين ان ذلك من مقتضى العقد لانه من تمام التسليم وفي هذا الباب معنى آخر يحتاج الى تبيينه وذلك ان اشتراط الضمان المتفق على محله مفسد للعقد لمن شرط على البائع ضمان المبيع بعد قبضه فان كان محل الضمان مختلفا فيه فلا بد مع ذلك أن يكون له عرف أولا يكون له عرف فان كان له عرف جاز نقله بالشرط كبيع الاعيان الغائبة واشتراط ضمانها من غير ما يقتضيه العقد وان كان ثم عرف يوافق مقتضى العقد عن القابل بذلك فلا يجوز اشتراط نقله فان شرط نقله في عقد بيع عما يقتضيه العرف صح العقد وبطل الشرط وان كان الشرط بخلاف مقتضى العقد فشرط نقله الى ما يقتضيه العقد صح العقد والشرط وان شرط نقله عما يقتضيه العقد الى العرف فان كان للعرف وجه صحيح صح العقد والشرط وان لم يكن وجه صحيح بطل العقد وصح الشرط فعلى هذا ان شرط في غير بلاد العهدة العهدة فعلى قول المصريين يثبت العقد ويبطل الشرط لانه شرط ما يخالف مقتضى العقد والشرط جميعا لانه شرط مقتضى العقد دون العرف فان شرط البراءة بالمدينة فعلى قول المصريين يثبت الشرط والعقد وعلى قول المدنيين يبطل الشرط ويثبت العقد (فرع) فان قلنا برواية المصريين فهل يستحب أن يحمل غير بلاد العهدة على العهدة أم لا عن مالك في ذلك روايتان روى عنه ابن القاسم وددت ان الناس يحملون على ذلك وروى عنه أشهب لا يحمل أهل الآفاق على العهدة وليتركوا على حالهم وجه رواية ابن القاسم ان هذا معنى له وجه احتياط في بياعات الرقيق وتجوز ما كثر من تدليس الناس فيه فوجب أن يحمل الناس عليه كنصب المكيال والموازين ومنع كسر الدنانير والدراهم ووجه رواية أشهب ان عرف البلاد اذا وافقه مقتضى العقد لم يجز تغيير حكمه وهذا على رواية المصريين

(الباب الثالث في محل ثبوتها من المبيع)

أما محل العهدة من المبيع فهو في الرقيق خاصة والفرق بينه وبين سائر المبيعات ما ذكرنا من أن له تميزا تكتم به عيوبه فجعلت العهدة باختبار حاله وتبين أمره هذا الذي حكاه القاضي أبو محمد عن أبي بكر بن الجهم وهذا ضد ما يحتاج اليه لان هذا دليل على جواز البيع بالبراءة والصحيح عندي ما ذكره غيره من ان للرقيق أنها تخبر عن أسباب امراضه التي يجدها قبل ظهورها عليه فيكون كتمان السيد لما أخبره به من أسباب امراضه تدليسا يقوم مقام تدليسه بما ظهر عليه من عيوبه لان خيار الرد بالعيب انما يثبت حيث يختلف حال البائع والمبتاع في المعرفة بالعيب فاذا استوت حالهما في ذلك بطل الخيار فلما كان سائر الحيوان والمبيعات لا يمكنه الاخبار عما يجده من أوائل الامراض وأسبابها ومباديها في باطن جسده استوت حال البائع والمبتاع في ذلك فلم يكن للمبتاع الرد بالعيب ولذلك لما كانت أدواء الجنون والجذام تتقدم بالمدة الطويلة وتظهر باختلاف الفصول والازمنة كانت العهدة فيها سنة لاستيفاء جميع الفصول والازمنة ولما كانت سائر الادواء لا تتقدم أسبابها أكثر من ثلاثة أيام كان ذلك المقدار عهدتها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان هذا حكم من لا يعقل من الصبيان ولا يمكنه الاخبار عما يجد من أسباب المرض لانا انما علقنا للجنس دون أعيانه

ولم نفرق بين من يتأتى ذلك منه وبين من لا يتأتى لانه لا يمكننا تمييز وقت امكانه من وقت تعذره فوجب أن يكون حكم جميعه حكم ما يمكن ذلك فيه ولذلك جعلنا عدة الوفاة وحكم الاحداد على الصغيرة لما تعذر علينا تمييز الصغر من الكبر (مسئلة) عهدة الثلاث لازمة فى الأمة الرائعة التى تجب فيها المواضعة الا أنها داخلة فى جملة الاستبراء ان استغرقها أمر الاستبراء لما كان حكم عهدة الثلاث حكمه فان ذهب الاستبراء جملة ولم يثبت كاستبراء الأمة الحامل أو شراء الرجل زوجته فعهدة الثلاث فيها ثابتة ظاهرة لتعريها عن أحكام المواضعة وكذلك التى تشترى فى عظم دمها

(الباب الرابع فى محل العهدة من العقود)

أما محل العهدة من العقود وتمييز ما تثبت فيه العهدة منها مما لا تثبت فان ما يتعاوض به من الرقيق على ضربين معين وثابت فى الذمة موصوف فأما المعين فان المعاوضة به على ضربين أحدهما أن يكون العقد مبنيا على المغابنة والمكايسة كالبيع والثانى أن يكون مبنيا على المكارمة فأما البيع فانه لا يخلو أن يكون بيع براءة أو بيعا مطلقا فان كان بيع براءة فقد قال ابن كنانة فى المدنية ومن اشترى رقيقا من أهل الميراث فانه بيع براءة ولا عهدة لمشتريه لا عهدة ثلاث ولا عهدة سنة وضمانها من أهل الميراث فى عدة الاستبراء ان كانت من على الرقيق ورواه ابن القاسم عن مالك وان كان بيعا مطلقا فقد تثبت فيه العهدة على ما قدمناه (مسئلة) وأما ان كان مبنيا على المكارمة كعقد النكاح فاختلف فيه قول مالك فى كتاب ابن المواز فقال مرة فيه العهدة وبه قال أشهب وقال مرة لا عهدة فيه وقاله سحنون فوجه قوله بثبوت العهدة انه عقد معاوضة فكان حكم العهدة فيه ثابتا كالبيع ووجه القول الثانى أن النكاح يقتضى استباحة الاستمتاع حين العقد ولا يجوز فى عهدة الثلاث قبض العوض الذى هو البضع فلو ثبتت العهدة فى النكاح بالرقيق لوجب أن يبطل النكاح لتعذر استباحة الاستمتاع حين العقد أو لاقتضاء العوض ولاقتضاء العوض قبل انقضاء عهدة الثلاث وقد أجمعنا على صحة النكاح بالرقيق فثبت بذلك أن لا عهدة فيهم وهذا التعليل يقتضى أن لا عهدة فى غير مخالع به لان عوضه يحصل بنفس العقد وذلك ينفى العهدة وقد قاله سحنون فى العبد المخالع به والمصالح به (مسئلة) وأما الاقالة والشركة والتولية والسلف فقال ابن حبيب لا اقالة فى عهدة ولا سلف ورواه ابن المواز عن أصبغ وقال سحنون لا عهدة فيما سلف من الرقيق فكأنه قصر هذا الحكم على ابتداء الغرض لا على قضائه ووجه ذلك انه عقد مبنى على المكارمة كعقد النكاح وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه لا عهدة فى العبد الموهوب للثواب ووجه ذلك ما قدمناه ويحتمل أن يكون فى الاقالة وغيرها مما ذكرناه معها قول ثان ان العهدة تثبت فيها فان كانت بعد انقضاء العهدة الأولى فهذا على قولنا ان الاقالة بيع وان قلنا انه فسخ بيع على ما تأوله بعض أصحابنا فى الشفعة والمرابحة فلا عهدة فيها قولا واحدا (مسئلة) وأما الرد بالعيب فروى أشهب عن مالك لا عهدة فيه ووجه ذلك انه فسخ بيع وليس بعقد معاوضة وفسخ البيع لا عهدة فيه كالبيع الفاسد يفسخ

(فصل) وأما غير المعين وهو الثابت فى الذمة فانه أيضا على ضربين أحدهما أن يثبت معاينة كالسلم والثانى أن يثبت بعقد مكارمة كالنكاح والقرض فأما السلم فاختلف أصحابنا فيه فروى ابن المواز فيه العهدة وبه قال ابن حبيب وقال ابن المواز لا عهدة فيه وان كان بلد العهدة الا أن يشترطها فان كانت أمة ففيها الاستبراء وقال ابن القاسم ليس فيها عهدة ثلاث وعهدة السنة تبع لها وقد قال

سحنون لا عهدة فى عبد مأخوذ من دين ولا مأخوذ من كتابة وقول ابن حبيب فيه العهدة ويحتمل أن يكون مبنيا على قول أشهب أن تعيين العبد كالقبض وسيأتى بيانه ان شاء الله تعالى ويحتمل أن يجرى أيضا على مذهب ابن القاسم وان فسخ الدين فى الدين انما يكون فيما نقل من جنس الى غيره وأما من يثبت له شئ فى الذمة بعين بجنسه فليس من باب فسخ الدين فى الدين والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس فى محل درك العهدة)

أما محل دركها فسيأتى بعد هذا مبينا ان شاء الله تعالى

(الباب السادس فى حكم العوض منها فى تعجيل أو تأخير)

أما حكمها فقد ذكرنا أن العهدة المختصة بالرقيق عهدتان احداهما عهدة الثلاث والثانية عهدة السنة فأما عهدة الثلاث ففيها مسئلتان احداهما لا يلزم النقد فيها بمجرد العقد والثانية لا يجوز اشتراطه فى مدة هذه العهدة وانما قلنا انه لا يلزم النقد فيها لتوقع المعنى متكرر متقدم لجواز هلاك المبيع أو بعضه مع انفراد البائع بمعرفته وضمانه للمبيع بسببه فلم يكمل تسليمه للمبيع فلذلك لم يستحق قبض ثمنه (فرع) والفرق بينه وبين الثمرة فى رؤس النخل التى ضمانها من البائع ويلزم النقد فيها باطلاق العقد ان ضمان البائع للثمرة انما هو لأمر طار يخاف حدوثه يتيقن انه يستوى فى معرفته البائع والمبتاع وضمان العهدة لسبب ماض لا يتيقن عدمه على البائع حين العقد وانما ضربت مدة الأيام الثلاثة استبراء ليغلب على الظن سلامته (مسئلة) ولا يجوز اشتراط النقد فيها لان هذه مدة لا يلزم دفع الثمن فيها بمجرد العقد الا بالتسليم له فلم يجز اشتراط دفعه فيها كمدة الخيار (فرق) والفرق بينه وبين المكيل والموزون انه يجوز شرط النقد فيه قبل وجوبه وقبل خروج المبيع من ضمان البائع أن ضمان البائع هناك انما هو لما بقى عليه من حق التوفية فكان للمبتاع منع الثمن حتى يستوفى فاذا شرط عليه تعجيله جاز ذلك كشراء المنافع فى الاجارة وليس كذلك فى مسئلتنا فانه لم يبق عليه حق توفية فأشبه بيع الخيار فان شرط النقد بطل العقد (فرع) ولا يجوز اشتراط البائع وضع النقد على يده مختوما لان ذلك اشتراط النقد ويجىء على قول القاضى أبى محمد فى مسئلة العربان أن ذلك جائز وهل للبائع ايقاف الثمن على يد عدل عن مالك فى ذلك روايتان قال فى الموازية يجب ايقافه وقال فى المبسوط والعتبية ليس عليه ذلك الا أن يتطوع به وجه الرواية الأولى ان من حجة البائع أن يقول أخاف فلسه وذهاب ما بيده وأن يفسد تسليمه الى فان لم يجز ذلك فليستوثق لى بوضعه على يد عدل ووجه الرواية الثانية انه اذا لم يجب تسليمه الى البائع لم يلزم اخراجه من ذمة المبتاع الى يد أمانة لان ذلك تغرير بالمال (فرع) فاذا وضع على يد عدل فتلف فضياعه على من يجب له أخذه عينا كان أو عرضا أو حيوانا حكاه ابن المواز عن مالك وجه ذلك انه لما كان أمر المبيع مراعى ان سلم لزم المبتاع بالعقد الأول وان لم يسلم لم يلزمه ووجب أن يكون الثمن أيضا مراعى معتبرا بالمثمون لانه انما أوقف بسببه فان سلم المبيع فالثمن من البائع لانه قد ظهر انه فى ملكه من يوم قبضه وان لم يسلم المبيع فالثمن من المبتاع لانه باق على ملكه (مسئلة) وهل له أن يتمسك بالمبيع ناقصا اذا ضاع الثمن روى عيسى عن ابن القاسم له ذلك وروى عنه انه ليس له ذلك ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وقال ينفسخ البيع ولا ثمن من المشترى والجارية المعيبة للبائع وجه بقاء الجارية له وهو اختيار سحنون وأصبغ أن هذا الخيار كان له قبل ضياع الثمن فلا يسقط حقه بضياع الثمن أصله اذا لم يحدث بالمبيع عيب ووجه ابطال الخيار ان حدوث النقص فى مدة العهدة من ضمان

البائع فوجب أن يكون ضمان الثمن من المشترى (فرع) فاذا قلنا بثبوت الخيار فنى أى شئ يكون له الخيار روى ابن المواز عن ابن القاسم له قبول المبيع بالثمن التالف وقال ابن عبدوس عن عبد الملك انما له أخذها بغرم ثمن ثان أوردها وقال سحنون ان أتلف الثمن قبل حدوث العيب فانما يأخذ بثمن آخر وأما ان تلف الثمن بعد حدوثه وقبل رضا المبتاع به فبل الحيض أو بعده فله أخذ الجارية دون ثمن آخر وجه قول ابن القاسم انه لا يجوز أن يلزمه عوضان فى عين واحدة ووجه القول الثانى ان النقص الحادث فى المبيع تبين ان الثمن الأول له وبقى له الخيار فان رد المبيع والا كان عليه أن يأتى بثمن آخر يصل الى البائع ووجه القول الثالث أن تقدم حدوث العيب قد أثبت له الخيار قبل ضياع الثمن فالثمن من البائع واذا ضاع الثمن قبل حدوث العيب فقد ضاع من المشترى واذا حدث العيب بعد ذلك واختار السلامة فعليه ثمن آخر (مسئلة) فاذا قلنا ان النقد غير لازم ولا جائز بالشرط جاز أن يتطوع المبتاع بعد تمام البيع لانه تقديم لنقد لا يلزمه تقديمه كالثمن المؤجل وهذا اذا لم يكن البيع بالخيار فان كان بالخيار فنقد فى مدة الخيار لم يجز ذلك لانه اذا لزم البيع بامضائه وقطع الخيار أخذ فيه جارية فيها المواضعة فآل ذلك الى فسخ دين فى دين

(فصل) وأما عهدة السنة فالنقد فيها لازم لان ما يتقى فيها نادر شاذ فلا يجوز منع النقد لسبب متوقع نادر ولان هذه مدة سقطت فيها النفقة عن البائع بالبيع فكان له أخذ الثمن أصل ذلك بعد انقضاء العهدة ص ﴿ قال مالك ومن باع عبدا أو وليدة من أهل الميراث أو غيرهم بالبراءة فقد برئ من كل عيب ولا عهدة عليه الا أن يكون علم عيبا فكتمه فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه البراءة وكان ذلك البيع مردودا ولا عهدة عندنا الا فى الرقيق ﴾ ش وهذا كما قال ان من باع رقيقا بالبراءة فقد برئ مما لم يعلم من العيوب ويسقط عنه حكم العهدة وحكم الرد بالعيب وذلك أن المبيع على ثلاثة أضرب ضرب فيه العهدتان المتقدمتان وهو الرقيق والضرب الثانى ليست فيه عهدة مقدرة بزمن ولكن عهدة الرد بالعيب فيه ثابتة فتى اطلع على عيب يمكن أن يدلس به البائع كان له الرد بالعيب وسيأتى بيانه بعد هذا ان شاء الله تعالى والضرب الثالث بيع بالبراءة من عهدتى الرقيق من العيوب التى لم يعلم بها البائع فتى اطلع المبتاع على عيب لم يعلم ان البائع علم به لم يرد به هذا المشهور من المذهب وحكى القاضى أبو محمد عنه رواية ثانية اشتراط البراءة غير نافع ولا يبرأ الا مما براه المبتاع وللشافعى فى ذلك ثلاثة أقوال أحدها انه لا يبرأ ببيع البراءة من عيب علمه أو لم يعلمه والثانى يبرأ منها وبه قال أبو حنيفة والثالث يبرأ فى الحيوان من الداء الباطن خاصة وحكى عنه يبرأ مما لم يعلم فى الحيوان دون ما علم كقول مالك فى الرقيق والدليل على تأثير شرط البراءة فيما لم يعلمه البائع من العيوب حديث عبد الله بن عمر الذى يأتى بعد هذا وحكم عثمان بن عفان رضى الله عنه باليمين انه ما علم بالعيب وفى ذلك اثبات ما وصفناه من البراءة لان عثمان أمير المؤمنين وكانت أحكامه تسمع وتنتقل لا سيما الى مثل عبد الله بن عمر ولم يعلم له مخالف فى ذلك ومن جهة المعنى ان هذا تبرؤ من عيب استوى فيه علم المتبايعين فلم يثبت فيه خيار الرد بالعيب أصل ذلك اذا أعلمناه وفى هذا الدليل نظر ووجه الرواية الثانية ما احتج به بعض أصحابنا ان فى بيع البراءة غررا فان المبتاع بذل ثمنه فى مقابلة سلامة لم يعقد البيع على صحتها ولا رجوع له بما ينقص العيب منها فلم يعلم قدر ما يشترى به ولا قدر ما يسلم وهذا الدليل يقتضى صحة العقد ولم ينقل ذلك عن أحد من شيوخنا وانما هذه الرواية مع شذوذها تمنع البراءة وتصحح العقد وانما يعتمد فيها على قلة العيب مع سلامة العقد والتسليم والتزامها على الظاهر

* قال مالك ومن باع عبدا أو وليدة من أهل الميراث أو من غيرهم بالبراءة فقد برئ من كل عيب ولا عهدة عليه الا أن يكون علم عيبا فكتمه فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه البراءة وكان ذلك البيع مردودا ولا عهدة عندنا الا فى الرقيق

من السلامة ولذلك منع من البراءة من ثلاث فى على الرقيق من الحمل الذى لم يظهر لما كثر الغرر ومنع المغيرة من الحكم بالبراءة فيما زاد على الثلاث من عيوب الرقيق والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهل يتبع بالبراءة من لا يعلم حال المبيع اختلف أصحابنا فى ذلك فروى ابن القاسم عن مالك المنع منه وروى عن ابن الماجشون وأصبغ التخفيف فيه وجه قول مالك انه قصد الى التدليس حين لم يشرف على حال المبيع وقد توقع عيوبا فأراد أن لا يطلع عليها التدليس ووجه قول ابن الماجشون ما احتج به من ان هذا بائع للبراءة فلم يمنع من ذلك عدم علمه بحال المبيع كالوارث والسلطان (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون فالبيع صحيح والشرط لازم وبه قال أشهب وان قلنا بقول مالك فقد قال ابن القاسم لا تنفعه البراءة اذا علم انه لم يختبر العبد ووجه ذلك ان الشرط المختلف فى جوازه لا يبطل العقد وان بطل هو فى نفسه فهذا ما شرط البراءة صح البيع ولم ينعقد الشرط على وجه التدليس كما لو علم بالعيب واشترط البراءة (مسئلة) ولا يبرأ البائع بالبراءة مما علم من العيوب وهذا أحد قولى الشافعى وقال أبو حنيفة يبرأ من ذلك والدليل على ما نقوله حديث عثمان رضى الله عنه انه قضى على ابن عمر بان يحلف انه ما علم به عيبا ولو لم يجب الرد بما علم لم تلزم هذه اليمين ودليلنا من جهة المعنى ان هذا عيب دلس البائع به فثبت فيه خيار الرد بالعيب كما لو لم يبع بالبراءة اذا ثبت ذلك ففى بيع البراءة خمسة أبواب * أحدها فى تبيين محلها من العقود * والثانى فى تبيين محلها من المعقود عليه * والثالث فيمن يجوز له ذلك من العاقدين * والرابع فى تبيين ما يصح ذلك فيه من العيوب * والخامس فى شروط صحة عقد البيع بالبراءة

(الباب الاول فى تبيين محل البراءة من العقود)

لم أر أحدا من أصحابنا ذكره فى غير البيع ولا ذكر ما يختص به من البيوع * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى انها تصح فى كل عقد معاوضة ليس من شرط صحتها التماثل فما كان من شرط صحته التماثل لم يجز فيه البراءة كالقرض لان البراءة فى القرض والقضاء أو فى أحدهما فى التماثل يجوز أن يكون فى أحدهما من العيوب ما ليس فى الثانى فلم يعلم التماثل والجهل بالتفاضل فيما ينافيه التفاضل كالعلم به فى فساد العقد (مسئلة) وهذا فى المعين وأما ما يثبت فى الذمة (٢)

(الباب الثانى فى تبيين محلها من المعقود عليه)

المبيع المعقود عليه على ثلاثة أضرب رقيق وحيوان صامت وعروض فاما الرقيق فالظاهر من المذهب جواز بيعه بالبراءة ووجه ذلك ان الرقيق يكتم عيوبه ولا يظهرها ستراعلى نفسه ورغبة فى بقائه فى محله فكان ذلك مقويا لما يدعيه البائع من استواء علمه به وعلم المبتاع ومن أصلنا ان الرد بالعيب مبنى على علم البائع بالعيب وتدليسه وما استوى فيه علم البائع والمبتاع فلا سبيل الى الرد به علما أو جهلا فان قيل تارة يستدلون بكتمانه على صحة البراءة وتارة يستدلون باخباره على العهدة وهما علمان متضادان وحكمان متنافيان ولا يجوز أن يثبت علمان متضادان فى عين واحدة فان كانت العلة فى ثبوت العهدة جواز اخباره فيجب نفى البراءة لان الاخبار مناف لها ويبطل حكمها والجواب ان الأمرين متباينان من الرقيق الكتمان والاخبار وهذا شاهد لا يمكن نفيه ولا انكاره فلما أمكن اخباره أثبتنا فيه العهدة بمجرد العقد كما أثبتنا للمبتاع خيار الرد بالعيب فيما يمكن أن يعلمه البائع من العيوب وانما تثبت البراءة لمن اشترطها ان لم يخبره بعيب ولا اطلع عليه فيه وكان

ماأخبر به ممكنامنه ومباينافيه وصدقه فى ذلك المبتاع ورضى بامانته فاثبتناله مااشترط بصحة سببه فان قامت البينة بانه قدعلم وتيقنا كذبه أبطلنا براءته وان لم تقم به بينة كان الظاهر فى تصديق المشترى ظاهرا فى صدقه واستبرأنا أمره بيمينه انه لم يعلم ذلك باخبار البائع ولا غيره والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما الحيوان الصامت فالذى عليه أكثر أصحابنا انه لا تصح فيه البراءة رواه ابن القاسم وغيره عن مالك وقال محمد وقع لمالك فى كتبه من باع عبدا أو وليدة أوحيوانا بالبراءة فقد برئ وبه قال ابن كنانة والشافعى وجه الرواية الثانية ما استدل به الشافعى من ان الحيوان يفارق سواه لانه لا يستوى فى الصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يخلو من عيب (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم ووقع البيع بالبراءة فى الحيوان فهل يفسخ البيع أو يثبت ويبطل الشرط الذى تقتضيه رواية ابن القاسم عن مالك ان البيع صحيح والشرط باطل لانه قال له الرد ولا تنفعه البراءة وقال أشهب ان وقع فى الحيوان لم أفسخه وان وقع فى العروض فسخته الا أن يطول ذلك ويتباعد فلا أفسخه قال محمد زاد ابن حبيب قال لا أفسخه لما وقع فى كتاب مالك من باع وليدة أوحيوانا بالبراءة فقد برئ ووجه هذا ما أشار اليه محمد من ان الشرط لما كان مختلفا فى جوازه لم يبطل العقد عن من لا يجيزه ولكن يبطل الشرط فى نفسه ويثبت العقد عاريا منه (مسئلة) وأما العروض فروى ابن حبيب ان مالكا أثبت البراءة فى الحيوان والعروض وبه قال ابن وهب ورواه عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة وهو قول أبى حنيفة ووجه هذه الرواية ان هذا بيع فجاز أن تثبت فيه البراءة مما لا يعلمه البائع كالرقيق.

(الباب الثالث فمين يجوز له البراءة من البائعين)

فى هذا الباب فصلان أحدهما فى تبيين من بيعه بيع البراءة والثانى فى تبيين من يثبت فى بيعه اشتراط البراءة

(فصل) فاما الفصل الاول فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما ان بيع السلطان وبيع المواريث بيع براءة والثانية ان بيع السلطان خاصة على البراءة قال ابن القاسم لم يختلف قوله فى بيع السلطان فوجه القول الاول ان بيع المواريث بيع على الميت لا يستطيع رده لقضاء دينه ووصيته فأشبه بيع السلطان ووجه القول الثانى ان بيع السلطان حكم ولذلك اذا باع فى حياة من يباع عليه نفذ بيعه وكان على البراءة والوصى ولو باع فى حياة من باع عليه لم يكن على البراءة فاذا باع بعد موته لم يكن على البراءة (مسئلة) وبيع السلطان هو ما تولى بيعه على مفلس أو من مغنم أو باعه من تركة ميت لقضاء دين أو تنفيذ وصية اما ما باعه الورثة لدعاء بعضهم أو جميعهم الى البيع فليس من هذا فى شئ وهؤلاء كجماعة اشتركوا فى رقيق وكذلك بيع الولى على اليتيم لحاجة الانفاق فهو كبيع الأب على ابنه

(فصل) فاما الفصل الثانى وهو فى ثبوت البراءة لمن اشترطها فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما أنها تثبت بالشرط والثانية انها لا تثبت بالشرط وانما تثبت لمن كانت مقتضى بيعه دون شرطه والرواية الاولى هى رواية الموطأ فى قوله ومن باع عبدا أو وليدة من أهل الميراث أو غيرهم بالبراءة فقد برئ وجه ذلك ما روى من قضاء عثمان بن عفان رضى الله عنه فى بيع البراءة باليمين انه ما علم به عيبا ومن جهة المعنى ما قدمناه من كتمان الرقيق لعيوبه وان البائع لا يعلم به فيستوى فيه علم البائع والمبتاع ولما صح هذا منه وصح أن يعلم لم يعجز هذا الا بالشرط لما فيه من ادعاء الجهل بعيبه ودخول

المشترى على تصديقه ووجه الرواية الثانية ان ما لا يثبت فيه حكم البراءة بنفس العقد لا يثبت فيه بالشرط كسائر العيوب التى يعلمها البائع و يشترط البراءة منها ولا يسميها (فرع) فان قلنا بالرواية الاولى فيجب أن يكون بيع البراءة ثابتا فى الرقيق خاصة لما ينفرد به من كتمان عيوبه وان قلنا بالرواية الثانية فيجب أن تكون البراءة فى كل بيع على ما اختاره ابن حبيب ورواه مطرف وابن الماجشون (فرع) ان قلنا ان البراءة لا تثبت الا فى بيع السلطان أو بيع السلطان والمواريث فان باع السلطان أو باع أحد بأمره ولم يذكر انه بيع مغنم ولا بيع على مفلس ولا بيع مواريث فهل يكون على البراءة روى ابن حبيب عن أصبغ ان ذلك على البراءة وروى ابن المواز عن مالك هو على البراءة الا أن لا يعلم المشترى انه بيع ميراث أو سلطان وجه قول أصبغ أن بيع السلطان و بيع من يتولى أمره أمر مشهور ولا بد فيه من بينة أو مشاهدة وجمع فيحمل على حكمه ولا يقبل قول من يدعى الجهل به ووجه قول مالك ان الناس اذا كان فيهم من لا يحمل بيعه على البراءة ولم يعلم المبتاع أن البائع ممن يقتضى بيعه البراءة كان له الخيار فى الرد أو الامساك وذلك كعيب اطلع عليه وأما بيع الوصى أو الورثة المواريث اذا قلنا انه على البراءة فانه لا يحمل ذلك الا أن يعلم المبتاع انه بيع براءة (فرق) والفرق بين بيع الوصى و بيع السلطان على قول أصبغ أن بيع السلطان مشهور لا يكاد يخفى وأما الوصى فبيعه لا يتميز من بيع غيره من الناس فيحتاج الى أن يبين فاذا تبين أنه بيع ميراث روى ابن القاسم فى المدونة أن ذلك لازم مع قوله ان البراءة لا تكون فى بيع الرجل فى خاصة نفسه ووجه ذلك أن البراءة لما التزمت وصادفت محلها لزمت العقد وان لم يعلم العاقد بمحل ثبوتها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان البراءة الثابتة فى ذلك على وجهين أحدهما أن تثبت لمعنى فى البائع والثانى ان تثبت بالشرط على رواية تجويز ذلك فأما ما تثبت لمعنى فى البائع فان ذلك لعدم علمه بعيوب المبيع وتفويت الثمن بدفعه الى مستحقه كبيع السلطان والمواريث فى هذا ان اطلع المبتاع على عيب قبل تفويت الثمن أقيل منه و رد عليه الثمن لأن البراءة فيه لمعنيين الجهل بالعيوب وفوات الثمن والثمن قائم بعد لم يفت وأما ان قام بالعيب بعد تفويت الثمن فقد لزمه على البراءة ولا قيام له (مسئلة) وأما ما يثبت باشتراط البائع البراءة فانه لا قيام له بما لم يعلمه البائع فات الثمن أو لم يفت لأنه أمر لزمه بشرط صحيح لازم انعقد البيع به فوجب أن يلزم بنفس انعقاد البيع كسائر الشروط الصحيحة

(الباب الرابع فى تبيين ما تصح البراءة منه من العيوب)

وذلك على ضربين براءة خاصة و براءة عامة فأما الخاصة فعلى ثلاثة أضرب أحدها متفق على فساده والثانى مختلف فيه والثالث متفق على جوازه فأما المتفق على فساده فهو اذا أقر السيد بوطء الامة وتبرأ من حملها ظاهرا كان أو غير ظاهر فلا خلاف أن البراءة ههنا غير عاملة لأنه لا يبرأ من حمل يلزمه باجماع (فرع) وهل يفسد ذلك العقد أم لا الصحيح من المذهب أنه يفسد العقد وروى ابن حبيب عن مالك فيمن تبرأ من حمل جارية وهو مقر بوطئها أن ذلك لا يبطل العقد وأنكر الشيخ أبو محمد هذه الرواية وجه قول الجماعة انه نقل ضمانا متفقا على محله فوجب أن يفسد العقد على ما قدمناه (مسئلة) وأما المختلف فى جوازه فهو بيع الامة الرائعة بالبراءة من حملها الذى لم يظهر مع انكار وطئها فقد قال مالك انه غير جائز وأجازه الشافعى و يتخرج ذلك على قول ابن حبيب وجه ما ذهب اليه مالك ما احتج به من كثرة العود لكثرة ما ينقص الحمل من قيمتها فيتفاوت الغرر

بتفاوت قيمتها ان سلمت من الحمل أونقصها ان كانت حاملا وأما غير الرائعة فلا بأس بذلك وهذا
فى السرية وأما ذات الزوج فقد قال عبد الملك لا ترد الحمل يظهر بها وان كان لأقل من ستة أشهر
من يوم ابتاعها المبتاع وكذلك المشهورة بالزنى حكى ابن عبدوس ذلك فعلى هذا يجوز التبرى
فيهما بحمل غير ظاهر لأنه لا يذهب منهما الكثير من الثمن والله أعلم (فرع) فاذا قلنا ان البراءة
من حمل غير ظاهر تمنع صحة العقد فان وقع العقد فلا يخلو أن يتبرأ من الحمل مع اقراره بوطئها أو مع
نفيه لذلك فان أقر به فلا خلاف بين أصحابنا فى أن المبتاع لا يضمنها الا بعد ان تمضى مدة استبرائها فان
نفى وطأها فالذى قاله ابن القاسم فى المدونة يضمنها المشترى بقبضها وخالفه ابن المواز فقال لا يضمن
الا بعد مدة استبرائها وجه ما قاله ابن القاسم أن البيع الفاسد قد يسقط ما شرط فيه ورجع الى
مقتضاه ومقتضى البيع الفاسد أن المبتاع يضمن المبيع بالقبض ووجه ما قاله ابن المواز ان كل
عقد انما يرد فاسده الى مقتضى صحيحه ومقتضى صحيح هذا العقد أن لا يضمن بالقبض فكذلك
فاسده كمن شرط النقد فى مدة الخيار فانه لا يضمن المبيع فى مدة الخيار (مسئلة) وأما بيع
الرائعة الظاهرة الحمل فعلى ضربين أحدهما أن يتبرأ منه البائع فذلك جائز لأنه تبرأ من أمر ظاهر يطلع
عليه المشترى فينتفى بذلك الغرر والضرب الثانى أن يشترطه المبتاع فان ذلك لا يجوز فى حمل
ظاهر ولا غير ظاهر فى وخش ولا غيره عند ابن القاسم وشراء الشاة أو البقرة على انها حامل قال
ابن القاسم لا يجوز ورواه عن مالك وروى ابن المواز عن مالك لا خير فى بيع الرمكة بانها عقوق
وكذلك الغنم والابل الا أن يقول هى عقوق ولا يشترط ذلك وجوزه أشهب وروى عبد الرحمن
ابن دينار عن أبى حازم وابن كنانة انه جائز وجه ما روى ابن القاسم عن مالك ما احتج به من انه من
باع الرمكة أو الشاة على انها حامل فقد أخذ للجنين ثمنا وذلك لا يجوز ووجه ما قاله الباقون أن
هذا من الامور المظنونة وان زادت فى ثمن المبيع وذلك جائز كالثمرة التى لم تؤبر (فرع) فان
قلنا برواية ابن القاسم فانه ان وقع البيع بذلك رد الا أن يفوت بنماء أو نقصان أو حوالة وان قلنا برواية
الجواز فانه ان اطلع بعد وقت على انها غير حامل فقد قال ابن أبى حازم وابن كنانة انه ان كان باعها وهو
يرى انه كما قال مضى البيع وان كان قد عرف أنها ليست بعقوق فان كان ينزى عليها الفحل أو غير
ذلك ردت عليه وفى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن أشهب ان باعها على انها حامل فلم
يجدها حاملا فليردها وأما الجوارى فان كانت من المرتفعات فهو من المشترى ولا شئ له وان كانت
وخشا يزيدها الحمل فله ردها

(فصل) وأما ما لا يفسد البيع التبرى به من العيوب فى الجملة فانه على ضربين ضرب لا يختلف وضرب
يختلف فأما ما يختلف كالعور من ذهاب العين وقطع اليد من الكوع فانه يبرأ منه بتسميته وأما ما لا
يختلف كالاباق والسرقة والدبرة فانه لا يبرأ منها بالتسمية المجملة حتى يبين المقدار أو يريه المبتاع
ان كان شاهدا لأن التسمية تقع من ذلك على القليل والكثير ولو علم المبتاع بالكثير منه لما رضيه
(فرع) فان انعقد البيع على هذا فهل يفسد العقد أو يثبت روى ابن القاسم عن مالك ان
العقد ثابت وللمبتاع الرد بالعيب ان اطلع منه على الفاحش وقال أشهب يفسخ البيع وجه قول
ابن القاسم انه دخل على السلامة الا مما يقتضيه اطلاق اللفظ وهو المعتاد منه فاذا اطلع على
الفاحش المتفاوت كان له الرد به كما أن اطلاق العقد يقتضى السلامة وان لم ينص عليها فان اطلع
بعد على عيب كان له الرد ولم يمنع ذلك صحة العقد وبان لا يمنع منه ما قلناه أولى ووجه قول أشهب

انه لما كان اطلاق لفظ الاباق والسرقة وما أشبههما يتفاوت ما يتناوله ولم يختص اللفظ بالقليل منه دون الكثير عقد البيع على الغرر فوجب أن يفسد كالتبرى من حمل غير ظاهر فى المرتفعة وقد روى عن أشهب فى الاباق وداء الفرج مثل قول ابن القاسم والله أعلم (مسئلة) وان تبرأ اليه بعيوب ليست به لم تنفعه البراءة وللمبتاع الرد بما اطلع عليه مما سمى له ولم يره اياه قاله ابن القاسم فى المدونة ورواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك انه قصد التلفيق واللغز بذكره ما ليس فى المبيع من العيوب والمبتاع لما ذكر له ما ليس فيه من العيوب اعتقد أن جميع ما ذكر له بتلك المثابة فكان بمنزلة أن يتبرأ من عيب (مسئلة) ولا تنفع البراءة من كل عيب علمه البائع وان سماه حتى يخبره انه بالمبيع رواه أشهب عن مالك قال مالك وكذلك لو أفرد له عيبا حتى يخبره انه به ووجه ذلك انه اذا كان تبرأ من عور ولم يره اياه ولم يخبره انه بالمبيع فان المبتاع لم يلتزمه وانه ظن ان ذلك تشدد فى البيع واستظهار فى التحرز فلم يقطع ذلك حقه من الرد بالعيب * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ووجه ذلك ان قول البائع ابتعتك هذا العبد وأتبرأ اليك من عيب كذا وليس به أولا أعلمه لى أو يقول له ان وجدت به عيب كذا فلا رد لك به فان ذلك لا يكون براءة منه لان المبتاع لم يدخل على تحقق وجوده بالمبيع (مسئلة) وهذا اذا تبرأ بالعيب فى نفس العقد فان جاء متبرئا منه بعد العقد فان ذلك على ضربين أحدهما أن يكون من العيوب الظاهرة والثانى أن يكون من العيوب الخفية فان كان من الظاهرة لزم المبتاع الرضا بها أو الرد وان كانت مما يخفى لم يلزمه ذلك وكان له القيام به متى اطلع عليه بعد ذلك لان العقد قد انعقد على السلامة فلا يقبل تبرى البائع بعده بما لا يعلم صدقه لان ذلك محمول على الندم منه (مسئلة) فان أراد البائع أن يمكن من اقامة البينة بما ادعاه من العيب ليرضى به المبتاع أو يرد كان له ذلك دون أن يغيب عليه لانه يعلم بذلك صدقه فيما ادعاه كالعيوب الظاهرة (مسئلة) واذا وضع البائع دينارا من الثمن بعد البيع ليبرأ من عيوبه فقد قال ابن المواز عن مالك فى الدابة ان وجد بها عيبا كان له الرد قال أصبغ كما لو باع بالبراءة قال ابن حبيب لا يجوز ذلك فى الدابة ويجوز فى الجارية لان بيعك على البراءة جائز والبراءة فيها ثابتة وهذا أشبه ما أشار اليه أصبغ واحتج ابن حبيب فى ذلك بأن الحاق هذا بالعقد بعد انعقاده يصح كمشترى مال العبد بعد الصفقة ومشتر كيلا من صبرة قد باعها جزافا على ما كان يجوز له أن يستثنيه منها حين البيع (مسئلة) ولو كان ذلك فى نفس العقد بأن يبيع منه بعشرة يضع منه دينارا لعيوبها وقال ابن حبيب من قول مالك فى الدابة والجارية انه ان وجد عيبا رد المبيع كمن نكح بعشرة على ان ترك له دينارا على أن لا يتزوج فالنكاح جائز ولا شئ عليه وهذا الذى رواه ابن حبيب مخالف لما قاله فى المسئلة قبل هذا ويجب على قوله فى تلك المسئلة أن يثبت له ذلك فى الجارية دون الدابة وقياسه على النكاح غير صحيح لان النكاح لو اشترط فيه ذلك بعد العقد لم يثبت الشرط ولم يلحق بالعقد

(فصل) وأما البراءة العامة فعلى ضربين أحدهما أن يشترط البراءة مما يعلم ومما لا يعلم جملة فهذا لا يجوز والثانى أن يشترط براءة عامة مما لا يعلم فهل يبرأ من كل ما لم يعلمه روى ابن القاسم عن مالك انه يبرأ من كل ما لم يعلمه قل أو كثر الا من الحمل فى الرائعة قال سحنون سواء كان العيب ظاهرا كالعور أو خفيا وبهذا قال جماعة أصحابنا فيما حكى ابن حبيب الا المغيرة فانه قال ما لم يجاوز الثلث فان جاوز الثلث لم تنفعه البراءة منه وجه ما ذهب اليه الجمهور ان هذه البراءة مما لم يعلم به

البائع ولا البيع معرض له فتثبت البراءة منه كما لو كان الثلث فأقل ووجه قول المغيرة ان هذا عيب يذهب معظم ثمن المبيع فوجب أن لا يتناوله اطلاق البراءة كالحمل فى الرائعة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان البراءة العامة عند جماعة أصحابنا لا شك تتناول الحمل سواء كان البائع سلطانا أو غيره قال ابن المواز وبيع الجارية الرائعة بالبراءة على الاطلاق جائز ولا يدخل الحمل فى البراءة ولو شرط البراءة من الحمل فسد البيع وقال ابن حبيب فى الجارية المسبية تقع فى سهم الرجل أو يشتريها فى المقاسم ان له أن يلتذ بها قبل الاستبراء بما دون الجماع لان بيع المقاسم بيع براءة فلو ظهر بها حمل لم يردها به وهذا يقتضى تناول البراءة العامة الحمل ووجه قول مالك رحمه الله ان البراءة العامة فيما يجوز اقراره بالبراءة دون ما لا يجوز اقراره كما لا تتناول ما لا يعلمه البائع دون ما يعلمه

(فصل) ثم يرجع الى تعيين باقى المسئلة وهو قوله فان علم عيبا فكتمه لم تنفعه البراءة وكان ذلك البيع مردودا يريد أن البراءة المطلقة لا تؤثر فيما علمه البائع من العيوب وانما تختص بما لا يعلمه منها فان وقع هذا وكان البائع بالبراءة هو السلطان وقد علم بالعيب فقد روى ابن المواز عن مالك للمبتاع رده وكذلك ان علم به من بيع عليه من مفلس قد بينا أن البراءة لا تثبت فيما علم من العيوب ولا تؤثر فيه وروى داود بن جعفر عن مالك اذا أشهد على الغريم انه دلس بالعيب فان المبتاع لا يرد بعيب وجد به اذا كان الثمن قد فرق على الغرماء (فرع) وبما يثبت تدليسه ان علم أن المفلس علم بالعيب كان للمبتاع الرد وأخذ الثمن من الغرماء لانه قد علم أن البراءة غير لازمة لما علم البائع أو من بيع عليه من العيب وان لم يثبت ذلك الا باقرار المبيع عليه فان المبتاع لا يرجع على الغرماء بما قبضوا من الثمن لان اقرار المبيع عليه لا يقبل عليهم فى استرجاع ما بأيديهم وللمبتاع أن يمسكه بعينه أو يرده عليه ويتبعه بالثمن فى ذمته لان اقراره مقبول فى خاصة نفسه لانه لم يحجر عليه لحق نفسه وانما حجر عليه لحق الغرماء (فرع) فاذا قلنا له القيام بالعيب ففى المدونة عن ابن نافع وابن القاسم ومالك يرجع بقيمة العيب فيأخذه من الغرماء ويرجع به الغرماء على غريمهم وروى ابن المواز عن مالك ان للمبتاع رده وأخذ الثمن

﴿ العيب فى الرقيق ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سالم بن عبد الله ان عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لم تسمه لى فاختصما الى عثمان بن عفان فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد فصح عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم ﴾ ش قضاء عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر رضى الله عنه بالبيمين انه ما كتم عيبا علمه تجويز منه لبيع الانسان عبده بالبراءة واعمال منه بالبراءة فيما لم يعلم البائع من العيوب دون ما علم وأبقى للمبتاع حكم الرد بالعيب فيما علم به البائع وكتمه وان كان عثمان بن عفان رضى الله عنه لا يشك فى فضل عبد الله بن عمر وانه لا يرضى بكتمان عيبه والتدليس به الا أن الأحكام فى الحقوق والمعاملات جارية على حد واحد فى الصالح والطالح وانما يختلف حالهما فى الأحكام التى تتعلق بالتهمة وظاهرها سالم ويحتمل أن يكون عبد الله بن عمر اعتقد ان البراءة المطلقة تبرئه فيما علم من العيوب وما لم يعلم فلم يسوغه ذلك عثمان رضى الله عنه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالبائع بالبراءة على ضربين أحدهما أن يبيع بالبراءة على الاطلاق

﴿ العيب فى الرقيق ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سالم بن عبد الله أن عبد الله ابن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لم تسمه لى فاختصما الى عثمان بن عفان بالبراءة فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد فصح عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم

فهذا متى اطلع المبتاع على عيب فى المبيع وادّعى علم البائع لزمته اليمين ان علم بالعيب الذى اطلع عليه المبتاع لا خلاف فى هذا على المذهب وان لم يدع علم البائع به وسكت عن ذلك أو قال لا علم لى به علم أو لم يعلم فان الظاهر أيضا من المذهب لزوم اليمين للبائع للحكم ببراءته من ذلك العيب وهذا الظاهر من حديث عثمان لان المبتاع لم يدع العلم وانما قال به داء لم تسمه لى فأوجب عثمان بن عفان لذلك اليمين دون أن ينقل الينا فى الحديث سؤاله هل يدعى العلم أم لا ويحيى على رواية عن ابن القاسم فى رد اليمين أن لا يمين للمبتاع على البائع الا بعد أن يدعى علمه بالعيب (مسئلة) روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم فى المدنية يحلف على علمه فى العيب الظاهر والباطن الا أن يستدل بأمر لا يشك فى كذبه فانه يرد عليه بقول البينة وقال ابن نافع يحلف على علمه لانه لو شهد بأن العيب كان عند البائع لم يرد عليه حتى يشهد عليه بأنه علم به (مسئلة) ويحلف على ذلك من الورثة من يظن به علم ذلك من صغار الورثة ثم يكبر فى الظاهر والخفى رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ قال أصبغ وهو مذهب مالك وظاهر اللفظ يقتضى عندى انه كان صغيرا يعلم ذلك عند التبايع فلم يحكم فى الامر ولا وقع التنازع فيه حتى كبر والذى تقتضيه رواية ابن القاسم عن مالك فى الايمان التى تنعقد على العلم أنها لا تلزم الصغير ولا الغائب ولعله أراد بالصغير من لا يفهم الأمر عند وقوعه لصغره وبلغنى أن أبا عبد الله بن عوف كان يوجب الايمان عليهما ويقول لعله قد بلغهما ذلك بخبر من أخبرهما حتى يتيقنا كما يحلفان مع شاهدهما على ما وجب لموروثهما من الحقوق (مسئلة) فان نكل البائع عن اليمين ردّ ثمن المبيع على المبتاع ولم يلزم المبتاع يمين قاله مالك وجماعة أصحابه وروى يحيى عن ابن القاسم تلزمه اليمين ووجه قول مالك ان المبتاع لم يدع أمرا يرد عليه فيه اليمين وانما قام بعيب موجود لم يبرأ اليه منه والذى يبرىء البائع من ذلك العيب اليمين المذكورة فاذا نكل عنها لم يكن له ردّها ووجه رواية يحيى أن اليمين فى الرد بالعيوب اذا ثبت لها محل فحكمها أن تنتقل الى محل آخر كسائر الايمان المعلقة بها (مسئلة) وهذا فيما تيقن من العيوب انه أقدم من زمن التبايع ورواه ابن حبيب عن مالك وابن القاسم وابن الماجشون ومطرف وروى يحيى عن ابن القاسم يحلف البائع على علمه كما يحلف فيما تيقن قدمه وجه الرواية الاولى أنه انما يستحلف على علمه فى حين التبايع فانه لا يصح أن يستحلف على تعلق علمه به ووجه الرواية الثانية ان نفى تعلق علمه بالعيب هو المقصود من يمينه فان كان موجودا حين التبايع فهو اليمين المتفق على اثباتها وان كان حدث بعد ذلك فغير مؤثر فى يمينه انه لم يعلم به

(فصل) وأما الضرب الثانى من البيع بالبراءة فان يشترط أن لا يمين عليه فهذا روى أشهب عن مالك انه لا يمين عليه ان وجد المبتاع عيبا وهذا عندى مبنى على جواز اشتراط التصديق فى القضاء وغيره فمن جوز اشتراط التصديق دون يمين قضى ههنا بان لا يمين على البائع ومن لم يجوز اشتراط التصديق فاليمين لازمة له على كل حال

(فصل) وقوله فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد لم يكن اباؤه عن اليمين لانه رضى الله عنه كان دلس بعيبه وعلمه وفهمه يقتضى معرفته بأن لا اثم فى يمين بارة ولكنه لا يخلو من أحد أمرين اما أنه اعتقد أن البيع بالبراءة يبرئه مما علم ومالم يعلم والثانى التصاون عن اقتطاع الحقوق بالايمان وهكذا يجب أن يكون حكم ذوى الانساب والاقدار ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان كل من ابتاع وليدة فحملت أو عبدا فأعتقه وكل أمر دخله الفوت حتى لا يستطاع ردّه فقامت البينة انه قد

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن كل من ابتاع وليدة فحملت أو عبدا فأعتقه وكل أمر دخله الفوت حتى لا يستطاع رده فقامت البينة انه قد

كان به عيب عند الذى باعه أو علم ذلك باعتراف من البائع أو غيره فان العبد أو الوليدة يقوم و به العيب الذى كان به يوم اشتراه فيرد من الثمن قدر ما بين قيمته صحيحا وقيمته و به ذلك العيب ﴾ ش وهذا كما قال ان هذا مما أجمع عليه علماء المدينة و جميع علماء الأمصار ان من ابتاع شيأ فاطلع على عيب يمكن التدليس به فان له الرجوع بقيمة العيب على تفسير يأتى بعد هذا ان شاء الله تعالى وذلك ان العيوب على ضربين ضرب يمكن البائع معرفته والثانى لا يمكن معرفته فأما ما يمكن البائع معرفته فانه يحكم على البائع فيه بحكم تدليسه به فى الرد بالعيب ولا يفسد تدليسه به العيب خلافا لمن قال بذلك والدليل على ذلك حديث المصراة الذى يأتى بعد هذا ان شاء الله تعالى من الاصل وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها امسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر فاثبت له امساكها ان رضيها وهذا يدل على صحة العقد ولو كان العقد فاسدا لم يكن له امساكها ومن جهة المعنى ان نقص المبيع عما عقد عليه لا يوجب فساد العقد كما لو اشترى رزمة على ان فيها عشرة أثواب فالفاها تسعة أو اشترى صبرة على ان فيها عشرة أرادب فألفاها تسعة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المبتاع اذا اطلع على عيب لا يخلو من ثلاثة أحوال أحدها أن يكون المبيع بحسبه لم تدخله زيادة ولا نقصان والثانى أن يدخله ذلك ولم تفت عينه والثالث أن تفوت عينه فأما الحال الأولى فالمبتاع بالخيار بين أن يرد المبيع و يرجع بجميع الثمن أو يمسكه معيبا ولا شئ له من الثمن والاصل فى ذلك حديث المصراة وهو قوله صلى الله عليه وسلم بخير النظرين ان رضيها امسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر (مسئلة) واذا ابتاع رجلان عبدا فى صفقة واحدة فاطلعا على عيب ثبت لهما خيار الرد بالعيب فان أراد أحدهما الرد وأبى منه الثانى فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما له ذلك وهى رواية ابن القاسم و بها قال الشافعى وروى عنه أشهب ليس له ذلك و به قال أبو حنيفة والكلام فى هذه المسئلة يشتمل على ثلاثة فصول أحدها أن بيع الواحد من اثنين بمنزلة عقدين على رواية ابن القاسم و بمنزلة عقد واحد على رواية أشهب والفصل الثانى ان البائع اذا أوجب لهما فان لاحدهما القبول دون الثانى على رواية ابن القاسم وليس له ذلك على رواية أشهب والفصل الثالث تعيين المسئلة فوجه رواية ابن القاسم ان هذا عقد فى أحد طرفيه عاقدان فكان بمنزلة العقدين أصله اذا باع اثنان من واحد ووجه الرواية الثانية ان البيع انما وجب فى جميع العقد فلا يجوز لمن ابتاع منه أن يقبل بعضه كالواجب فيه لواحد لم يكن له أن يقبل بعضه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فلا تفريع فيه واذا قلنا برواية أشهب فان أراد أحدهما الرد وأراد الآخر الامساك فان رضى البائع بذلك فلا مرية ان لمن لم يرد الرد التمسك بحقه و يكون البائع شريكه فيما رده عليه المشترى الآخر وليس للمتمسك أن يأخذ نصيب الراد لان الراد ملكه فلما رده على البائع انتقض البيع فيه فيرجع على ملك البائع وليس للمتمسك طريق الى ملكه فلا حجة له فيه وان أبى البائع من تبعيض صفقته فقال أشهب القياس فى مسئلة ورثة المشترى الخيار بين أن يردا جميعا أو يمسكا جميعا واستحسن لمن أراد التمسك وأراد أن يأخذ نصيب الراد أن يكون ذلك له وقال ابن المواز لا كلام للبائع اذا لم يرد أخذ نصيب الراد دون المتمسك وللمتمسك أخذ نصيب الراد وحكى القاضى أبو محمد عن المذهب انه اذا أبى أحد المتبايعين من الرد مع صاحبه لم يكن لصاحبه الرد وكان له الرجوع بقيمة العيب وهذا يجب أن يكون الصحيح من المذهب اذا رد أحد المتبايعين أن يقال للبائع اما أن تجيز له رد نصيبه واما أن ترد عليه ما يصيبه من قيمة العيب مثل ما حكى ابن القاسم عن مالك فى الذى يشترى عبدا فيبيع

كان به عيب عند الذى باعه أو علم ذلك باعتراف من البائع أو غيره فان العبد أو الوليدة يقوم و به العيب الذى كان به يوم اشتراه فيرد من الثمن قدر ما بين قيمته صحيحا وقيمته و به ذلك العيب

نصفه ثم يطلع على عيب فيريد الرد فانه يقال للبائع اما أن تجيز رد النصف الباقي بيده أو ترد عليه نصف قيمة العيب وهذا مقتضى القياس على قول أشهب ويحتمل عندي أن يكون هذا معنى قوله اما أن يردا جميعا أو يمسكا جميعا ولم يبين حكم ذلك القياس اذا رد أحدهما وأمسك الثاني وقال ابن وهب ان أراد أحدهما الرد وأباه الثاني تقاوماه لان البائع لا يقبله الا كله وفي هذا الضرب من العيوب أربعة أبواب * الباب الأول في بيان العقود التي يثبت فيها الرد بالعيب * والباب الثاني في بيان العيوب التي يجب بها الرد وتمييزها من غيرها * والباب الثالث في بيان ما يحدث بالمبيع مما يثبت للمبتاع به الخيار في الرد بالعيب والتمسك بالمبيع أو الرجوع بقيمة العيب * والباب الرابع في بيان المعاني التي يفوت بها الرد بالعيب جملة

(الباب الأول في بيان العقود التي يثبت فيها الرد بالعيب)

العقود على ثلاثة أضرب عقد مختص بالعوض كالبيع والنكاح فهذه يثبت فيها حكم الرد بالعيب والضرب الثاني عقد مختص بالمكارمة متونفي العوض كالهبة لغير الثواب والصدقة فهذا لا يثبت فيه حكم الرد بالعيب والضرب الثالث عقود ظاهرها المكارمة ولها تعلق بالمعاوضة كالهبة للثواب فهذه حكى القاضي أبو اسحاق عن عبد الملك ان الموهوب له لا يرد بعيب وعن المغيرة مثل ذلك ولا في العيب المفسد ووجه ذلك ان هذه عقود جرت العادة بأن يكون العوض فيها أكثر من قيمة الموهوب وهذا ينافي الرد بالعيب لمقلته لان مقتضى ذلك المسامحة والمكايسة

(الباب الثاني في بيان العيوب التي يجب بها الرد وتمييزها من غيرها)

العيوب التي يثبت بها الخيار في الرد بالعيب مجملة وذلك ان خيار الرد بالعيب على ضربين أحدهما أن يثبت بغير شرط والثاني لا يثبت الا بشرط فأما ما يثبت بغير شرط فهو لكل عيب في المبيع ينقص ثمنه وهو على قسمين قسم هو نقص في عين المبيع والقسم الثاني نقص في غير عينه لكنه ينقص ثمنه فأما ما هو نقص في عينه كالعور والعمى وقطع يد أو رجل أو أصبع ووجود الظفرة في العين أو البياض والصمم والخرس والبكم الا في الصغير الذي لا يتبين أمره والعسر في العبد بان لا يعمل بيمناه والبخر في الفم في الذكر والانثى (مسئلة) وأما الأضرس فان نقص الضرس الواحد عيب في الرائعة حيث كان وليس بعيب في غير الرائعة الا أن يكون في مقدم الفم أو ينقص ضرسان حيث كانا فانه عيب في الذكر والانثى ووجه ذلك ان الضرس الواحد لا يؤثر كبير نقص من جهة الخلقة الا أنه ينقص من ثمن الرائعة لانه يتقى منه تغير الرائحة حيث كان في أكثر الاوقات واذا كان في مقدم الفم فانه يقبح منظره فاستوى في ذلك الرائعة وغيرها والضرسان مؤثران ومانعان من قوة الأكل وعجلته لاسيما فيما يحتاج الى شدة مضغ وهذه المعاني والاسباب انما تعتبر بنقص الثمن فما ينقص هو عيب الرد وما لا ينقص الثمن فلا حكم فيه للرد (مسئلة) وأما الشيب ففي كتاب ابن المواز ترد به الرائعة ولا ترد به غيرها قال ابن المواز وهذا في الشابة وقال ابن حبيب عن مالك لا ترد الرائعة الا بكثيره ويحتمل أن يكون الروايتان قولا واحدا لان اليسير من الشيب ليس بعيب لانه كثير شائع كالخال يكون والشعرة والشعرتان تبدو مما لا يسمج ولا يرى الا مع فرط التأمل والتفتيش وأما الكثير فانه مؤثر في الجمال فاختص بالرائعة دون غيرها (مسئلة) وأما الاستحاضة فعيب في على الرفيق ووخشه وقال ابن حبيب ان كانت الاستحاضة تعتريها المرة بعد المرة فعلى البائع أن يبين والا فهو عيب ترد به ووجه الفرق بينهما أن دم الاستحاضة مما يكره وتلحق المشقة في التوقي منه وليس

فى ارتفاع الحيض شئ من ذلك والذى يقتضيه مذهب المدونة ان ذلك سواء (فرع) فان استحيضت الأمة لم يكن ذلك عيبا ترد به حتى يثبت انه كان عند البائع وانه ان لم يظهر الا فى الدم الذى وقع به الاستبراء فقد قال ابن المواز لا ترد به لان بالحيض قد لزمت المبتاع فما حدث بعد ذلك من استحاضة أو غيرها لزمه وهذه الاستحاضة التى تكون عيبا قال ابن المواز عن مالك شهران وهذا فى الجملة على قدر ما ينقص ثمنها (مسئلة) وأما ارتفاع الحيض فالمشهور من ذلك انه اذا أتى من ذلك ما فيه على المبتاع ضرر فانه يرد به ولا خلاف فى ذلك فى المذهب الا ما قاله ابن حبيب قبل هذا ان ارتفاع الحيض المرة بعد المرة لا يلزم البائع التبرى منه وليس للمبتاع الرد به ويحتمل أن يكون ما ذهب اليه ابن القاسم فى المدونة فى تأخره فى مدة الاستبراء حتى يلحق به الضرر وما قاله ابن حبيب فى التى لم يأت منه فى مدة الاستبراء ما خالف المعهود وانما اطلع على أنه قد كان يتأخر عنها المرة بعد المرة والله أعلم وأحكم (مسئلة) والحمل عيب فى المرتفعة ولا خلاف فى ذلك وأما الوخش فروى ابن القاسم عن مالك انه عيب وقال ابن كنانة ليس بعيب فيهن ورواه أشهب عن مالك وجه القول الأول انه عيب ينقص من الثمن فثبت به حكم الرد بالعيب كسائر العيوب ووجه القول الثانى انه عيب لا يؤثر فى الوخش وقد قال مالك فى الحمل فى الوخش لا يؤثر كبير تأثير وربما لم يكن نقصا فيهن ولذلك يجوز بيعهن بالبراءة من الحمل وأصل المسئلة تدور على هذا فان نقص من الثمن رد به والا فلا ووجه آخر وهو أنه لو ابتاعها فى جملة رقيق لم يردها بعيب الحمل رواه ابن القاسم عن مالك فى العتبية (فرع) فاذا قلنا انه يرد بالحمل فكيف يكون وجه الرد به فى المبسوط ان ظهر بها حمل وجاءت لستة أشهر من يوم قبضها المشترى لم يرد البيع وان ولدته قبل ستة أشهر كان له الرد ووجه ذلك أنها اذا ولدت لستة أشهر من يوم البيع جاز أن يكون حدث عند المبتاع فصار له حكم ما يقدم ويحدث من العيوب فان ولدته لاقل من ستة أشهر على انه عيب قديم أقدم من أمد التبايع يثبت الرد به

(فصل) وأما الزعر فانه عيب يرد به قال ابن المواز وان كان فى غير العانة واختلف أصحابنا فى تعليل ذلك فقال سحنون لانه يذهب بلذة الوطء وهذا يقتضى اختصاصه بالفرج وقال ابن حبيب لا تتقى عاقبته من الداء السوء يعنى الجذام (مسئلة) وان كان فى آباء الرقيق المبيع مجذوم أو مجذومة فهو عيب يرد به وخشا كان أو رائعا رواه ابن حبيب عن مالك وذلك انه يتقى سرايته الى الولد وأما ان كان أحد أجداد الأمة أسود فقد روى أشهب لا رد له وان كانت ذات عيب وفى الواضحة عن مالك انه عيب فى الرائعة قال لما يتقى أن يخرج ولده منها أسود (مسئلة) وأما عيوب الدواب الذى يزهد فيها وينقص من أثمانها فان كان خلقة كالعور والجرد أو حادثا كالرمص والدبر وما كان مثل ذلك من العيوب فانه يرد به وكذلك سائر المبيعات غير الرباع فان ما وجد فيها من عيب ينقص ثمنها فانه يثبت به خيار الرد بالعيب (مسئلة) وأما الدار فان وجد بها صدعا قال ابن القاسم أما ما يخاف منه سقوط الدار فيرد به والا فلا قال الشيخ أبو محمد العيوب فى الرباع ثلاثة أضرب أحدها أن تستغرق معظم الثمن فهذا يرد به ويرجع بالثمن والثانى أن لا ينقص من الثمن فهذا لا يرد به ولا يرجع بقيمة العيب فيه والضرب الثالث أن ينقص من الثمن ولا ينقص معظمه فهذا يرجع بقيمة العيب ولا ترد به الدار ورأيت لبعض أصحابنا الأندلسيين أنه ترد به واختلف القائلون بقول أبى محمد فى تعليل ذلك فقال أبو محمد ان الدار تخالف سائر المبيعات بدليل أنه اذا استحق منها اليسير لزم الباقى بالثمن ولو استحق من العبد اليسير لم يلزم الباقى بالثمن ووجه ثان انه لو أطلق أحد العقد فيها واستحق

أحد جدرانها الأربع لم يرجع المبتاع في شيء من الثمن وقال غيره العلة في ذلك انها لاتتخذ غالبا الا للقنية فليس المقصود منها الأثمان ووجه قول من ساوى بينهما ان هذا بيع وجد به عيب ينقص الثمن فيثبت فيه خيار الرد بالعيب مالم يفت كالحيوان

(فصل) وأما ماينقص ثمن المبيع ولاينقص جسده كالاباق والسرقة وشرب الخمر أو الحد فيه في الرقيق والزنى في الأمة والحران في الفرس أو النفار المفرط في الدواب أو قلة الأكل المفرط فيها فان ذلك عيب يرد به المبيع فأما الزنى في العبد فعند مالك انه عيب يرد به وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لايرد به والدليل على مانقوله انه زنى وجد في مملوك فكان لمن ابتاعه أن يرده كما لو كان جارية (مسئلة) وأما البول في الفراش في حال الكبر فعيب يرد به العبد والأمة رائعين كانا أو غير رائعين وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لايرد به العبد وترد به الأمة والدليل على ذلك ماتقدم ذكره (فرع) ولاترد بالبول في الفراش الا ببينة تشهد أنها كانت تبول عند البائع ولايحلف البائع على نفي ذلك الا بشبهة مثل أن توضع على يد امرأة ورجل له امرأة تنظر اليها فتخبر بذلك المرأة أو الرجل فيجب اليمين على البائع وان أتى المبتاع بمن تنظر الى مرقدها بالغدوات مبلولا فلابد من رجلين لان هذا من معنى الشهادة ثم يحلف البائع قال ذلك كله ابن حبيب (مسئلة) التأنيث في العبد والترجل في الأمة عيب قال ابن حبيب عن مالك معنى ذلك أن يكون العبد متخنثا أو تكون الأمة مترجلة كشرار النساء فأما رصيع كلام الرجل وتذكير كلام المرأة فلا يردان به وفي المدونة يرد العبد ان كان مؤنثا والأمة ان كانت مذكرة واشتهرا بذلك قال الشيخ أبو محمد في قول ابن حبيب هذا خلاف مافي المدونة وقال بعض الصقليين ليس ذلك بخلاف له (مسئلة) والدين على الأمة والعبد عيب وكذلك الزوج للامة وقال الشافعي لايرد به ودليلنا ان هذا معنى يمنع الاستمتاع بالأمة فيثبت به خيار الرد بالعيب كداء الفرج والزوجة في العبد عيب لان هذا يبطل على سيده منه حكما مقصودا وهو أن يزوجه من أمته وكذلك الولد الصغير والكبير وكذلك الأب والأم لان كل واحد من هؤلاء يميل اليهم العبد والأمة ويصرف اليهم فضل كسبه وبعض قوته فيضر ذلك بغلته وقوته وأما الأخ والأخت وسائر الأقارب من الأعمام والعمات والأخوال والخالات فلا يثبت بهم رد بعيب لان أمرهم أبعد والضرر بهم أقل (مسئلة) وأما عثار الدابة ففي المدنية من رواية عبد الرحمن ابن دينار عن ابن كنانة ان علم ان ذلك كان عند بائعها بشهادة أو اقرار ردت عليه وان لم يعلم ذلك وكان عثارها قريبا من بيعها حلف البائع انه ماعلم بذلك وان ظهر ذلك بها بعد زمان طويل ومدة يحدث العثار في مثلها فلا يمين عليه (فرع) وهذه العيوب كلها انما يرد بها اذا ثبت انها كانت في ملك البائع فان لم يثبت ذلك ودعا المبتاع الى يمين البائع وان ذلك لم يكن عنده روى ابن القاسم عن مالك في المدونة في مسئلة الاباق لايمين عليه ورواه أشهب عن مالك في مسئلة الزنى والسرقة وروى ابن المواز عن ابن القاسم في السرقة والزنا يحلف البائع على ذلك وجه نفي اليمين مااحتج به ابن القاسم من ان المبتاع اذا أبيح له ذلك استحلف البائع كل يوم مائة مرة ووجه اثبات اليمين انه عيب ثابت يشك في قدمه وحدوثه فلزم البائع اليمين ليبرأ به منه كعيب وجد في جسده والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما مايثبت بالشرط فهو على ثلاثة أضرب أحدها أن يشترط المبتاع نطقا والثاني أن يصيب البائع به المبيع والثالث أن يكون ذلك عادة المبيع وعرفه فأما ماشرطه نطقا فانه ان اشترط الأعلى من جهته اليمين فوجد خلافه كان له الرد وان اشترط الادون لم يكن له الرد الا أن يكون له

غرض يعرف وذلك مثل أن يكون عنده عبد نصراني فيشتري أمة على انها نصرانية أو تكون عليه يمين أن لا يملك مسلمة وقال الشافعي له الرد بكل وجه وقال أبو حنيفة لا رد له في شئ من ذلك ودليلنا على الشافعي انه صار اليه المبيع على شرط وزيادة فلم يكن له الرد بالعيب أصل ذلك اذا شرط انه أعور فاذا هو يبصر بعينيه ودليلنا على أبي حنيفة أن هذا خرج له المبيع على غير الملة التي شرط وله في ذلك غرض صحيح فثبت له الخيار كما لو شرط انه مسلم فخرج كافرا (مسئلة) ومن اشترى عبدا على انه أعجمي فالفاه فصيحا أو على انه مجلوب فالفاه مولدا ففي الواضحة عن أصبغ له الرد بزيادة كان أو وضيعة لان الناس في المجلوب أرغب ومن هذا الباب ما روى علي بن دينار عن ابن القاسم في الرقيق يجلب من طرابلس فيدخل المصري رأسا بينهما فيباع على ذلك قال أرى للمبتاع رده وكذلك الدواب والحير وكذلك قال مالك فيمن خلط سلعته بتركة ميت ولم يبين ان للمبتاع الرد

(فصل) وأما ما يصف به البائع المبيع أو يصف الرقيق به نفسه مثل أن يقول هي بكر أو هي طباخة ثم لم توجد على ذلك فانها ترد به ووجه ذلك ان المبتاع دخل على ما وصفت به فكان ذلك بمنزلة الشرط

(فصل) وأما ما كان له عرف وعادة فوجده على خلاف ذلك مثل أن يشتري ناقة يحمل على مثلها فلما جاء أن يحمل عليها لم تنهض فقد روى ابن المواز عن مالك له الرد ووجه ذلك ان المشتري لم يدخل في هذا الا على العرف والعادة من مثلها فاذا كان مثلها يحمل ولم يكن عذر مانع من عجف أو مرض فقد خالفت المعهود من مثلها وكان ذلك بمنزلة أن ينقص عضو من أعضائها (مسئلة) ومن اشترى قلانس فوجد حشوها صوفا أو كانت من خرق بالية قال أشهب عن مالك لا ترد لانها في الأغلب لا تصنع الا من ذلك زاد ابن المواز فان كان حشوها صوفا بالرفيعة ترد ولا ترد الدنية وأصل ذلك كله العرف والعادة ان ما جرت العادة فيه بأمر فوجد أقل منه كان له الرد به وما وجد على ذلك فعليه دخل فلا رد به قال أصبغ فيمن اشترى قميصا فوجد سابقه أدنى رقعة من بدنه أو كميه وكذلك معقد السراويل ان كان متقاربا فله الرد وان كان غير ذلك لم يرد

(باب)

وأما ما يحدث بالمبيع مما يثبت به الخيار للمبتاع في الرد بالعيب أو الرجوع بقيمته فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(باب)

وأما ما يفيت الرد بالعيب فعلى ثلاثة اضرب أحدها أن يفوت المبيع من ملك البائع والثاني أن يكون باقيا في ملكه ولكن تغير تغيرا أحاله من جنسه والثالث أن يعقد فيه عقدا يمنع من رده فأما الضرب الأول فعلى قسمين أحدهما أن يخرج عن ملكه بغير عوض مثل أن يموت أو يعتقه أو يتصدق به فهذا كله قد فات الرد بالعيب لفوات العين وخروجها عن ملكه وله الرجوع بقيمة العيب لان البائع قد أخذ من مال المبتاع ما يقابل العيب من الثمن بغير ثمن فكان له الرجوع به (مسئلة) فان خرج عن ملكه قبل الرد بالعيب بعوض كالبيع أو الهبة للثواب فلا يخلو أن يبيعه من بائعه منه أو غيره فان باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا تراجع بينهما في تدليس ولا غيره وان كان بأقل من الثمن رجع عليه ببقية الثمن الا بالأقل من البقية أو قيمة العيب وجه ذلك ما احتج به في المدونة انه لو كان عنده لرد عليه ورجع بجميع ذلك وقدرته اليه فكان له استيفاء جميع الثمن وان كان باعه منه بأكثر من الثمن الأول فان كان مدلسا فلا رجوع للبائع الأول على الثاني وان لم يكن مدلسا رده

البائع الأول على الثاني ثم ردّه عليه الثاني فيكون التراجع بينهما في الثمن (مسئلة) فان خرج عن ملكه الى غير البائع منه فاختلف أصحابنا في ذلك فقال ابن القاسم ذلك فوت ولا رجوع له بقيمة العيب وبه قال الشافعي وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب واختاره القاضي أبو محمد وقال أشهب يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقية الثمن وحكوا ذلك عن مالك وجه ما قاله ابن القاسم ما احتج به أن المبتاع اذا باع وقد علم بالعيب فقد رضيه وان لم يعلم به فلم ينقصه من الثمن ومعنى ذلك انه انتقل الى ملك بعوض صار الى البائع عن جميعها ولذلك اذا رجع المبتاع عليه بقيمة العيب كان له الرجوع على البائع منه لانه لم يبق عنده ثمن جميع ما صار اليه بالابتياع وبهذا فارق العتق والهبة فانه لم يصل اليه عوض عن جميع ما ابتاع فكان له الرجوع بقدر الجزء الذي لم يصل اليه من المبيع ووجه القول الثاني ان البيع اخراج للمبيع عن الملك فكان فوتا لا يمنع الرجوع بقيمة العيب كالعتق والهبة ووجه القول الثالث ان الذي كان يثبت للمبتاع لو كان بيده الرد بالعيب والرجوع بجميع الثمن فما أخذ من ثمنه حين باعه عوض عن ذلك فان كان فيه نقص كان عليه جبره الا أن يكون أكثر من قيمة العيب فليس له الا قدر العيب (مسئلة) فان تغير وهو باق على ملكه تغيرا ينقله عن جنسه فهل يكون فوتا يمنعه الرد بالعيب أم لا عن مالك في ذلك روايتان قالهما في الصغير يكبر والكبير يهرم أحدهما انه فوت وليس له الا الرجوع بقيمة العيب على ما أحب البائع أو كره واختارها ابن القاسم في هرم الكبير والثانية ليس ذلك بفوت وله الرد وجه الرواية الاولى ان ما كان مخرجا للشيء عن جنسه حتى يجوز سلمه فيه فانه يفيت الرد بالعيب فيالامثال له لتصيير الثوب خرقا والجلود خفافا ووجه الرواية الثانية ان العين باقية في ملك المبتاع فلم يفت ردها بالعيب كالوفقأ عينها أو قطع يدها (فرع) فاذا قلنا ان ذلك فوت فيجب أن يراعى في الصغير والكبير ما يراعى فيهما من جواز تسليم صغير الجنس في كبيره لانه مبني عليه وأما في الكبير يهرم فحكى الشيخ أبو بكر عن مالك ان ذلك اذا ضعف فذهبت قوته ومنفعته أو أكثرها قال القاضي أبو محمد اذا هرم هرما لا منفعة فيه انه فوت للرد بالعيب والصحيح عندي من ذلك انه اذا ضعف عن منفعته المقصودة ولم يمكنه الاتيان بها ان ذلك فوت للرد بالعيب ويرجع بقيمة العيب (فرع) فان قلنا بالرواية الثانية على ما اختاره الشيخ أبو محمد فانه يثبت له الخيار بين أن يمسك المبيع ويرجع بقيمة العيب وبين أن يرده فاما في الكبير يهرم فيرد معه ما نقصه الهرم لانه قد حدث عنده نقص غير مفيت وأما في الصغير يكبر فانه يرده ولا شيء له من الزيادة لا يشاركه بها في عينه ولا يأخذ قيمتها منه لانه نماء من جنس المبيع فلم يكن للمبتاع أن يشارك به البائع كالسمن (مسئلة) فاذا عقد فيه عقد يمنع رده فانه على ضربين أحدهما لا يتعقبه الرجوع الى ملك البائع كالكتابة والاستيلاد والعتق الى أجل والتدبير فهذا له الرجوع بقيمة العيب لانه فوت على حسب ما تقدم والضرب الثاني يتعقبه الرجوع الى ملك البائع كالرهن والاجارة والاخدام فهذا اختلف أصحابنا فيه فروى سحنون عن ابن القاسم انه اذا رجع الى المبتاع رده على البائع وقال أشهب ان كان أمر ذلك يسيرا رده على البائع وان كان بعيدا رجع بقيمة العيب وروى نحوه أصبغ عن ابن القاسم وجه رواية سحنون ان هذه مدة يتعقبها رجوع العبد الى البائع فلم يمنع الرد بالعيب كاليسيرة ووجه الرواية الثانية ان هذا معنى منع المبتاع من رد المبيع بالعيب فكان فوتا في رده كالبيع (مسئلة) ولا يكون وطء الأمة فوتا في ثيب ولا بكر هذا المشهور من المذهب وروى عنه ابن حبيب انه فوت فيهما وبه قال أبو حنيفة ووجه

القول الاول ان هذا استمتاع فلم يمنع الرد بالعيب كالقبل والملامسة ووجه القول الثاني اجماع الصحابة عند القائل بذلك قال لان الصحابة بين قائلين قائل يقول يردها و يرد معها مهر المثل و به قال عمر بن الخطاب وقائل يقول لا يردها و يرجع بقيمة العيب و به قال علي بن أبي طالب فمن أحدث قولا ثالثا وقال يردها دون مهر خالف اجماع الصحابة ومن جهة المعنى ان الوطء معنى لا يستباح بالبذل فوجب أن يمنع الرد بالعيب كقطع اليد (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فان البكر والثيب في ذلك سواء وقال الشافعي ان وطء البكر يمنع الرد بالعيب دون الثيب والدليل على ما نقوله ان هذا وطء فلم يمنع الرد بالعيب كوطء الثيب (مسئلة) اذا ثبت ما ذكرناه فما وجد به العيب لا يخلو أن يكون مما له مثل أو مما لا مثل له فان كان مما لا مثل له فحدث به عند المبتاع معنى مفيت ثم اطلع على عيب عند البائع فقد قال ابن القاسم في مسئلة الدينار يقطعه ثم يجد به عيبا يرد مثله و يرجع بثمنه وقاله سحنون فيمن اشترى شعيرا فبعد ان زرعه علم انه لا ينبت انه يرد مثله و يرجع بالثمن فجعله مثل ما لا يفوت وقال ابن حبيب يرجع بقيمة العيب وجه قول ابن القاسم ان الفوات في البيع الفاسد أثبت لانه لا يفوت بحوالة الأسواق ثم ثبت وتقرر ان ماله مثل لا يفوت فيه فبان لا يفوت في الرد أولى وأحرى ووجه قول ابن حبيب ان البيع انما يتعلق بعين المبيع والبيع الاول صحيح واذا انقض البيع برد المبيع للعيب فانما ينقض الاول فاذا فات المبيع لم يصح نقض البيع بغيره

(فصل) ثم نرجع الى شرح المسئلة قوله وقامت البينة انه قد كان فيه عيب عند الذي باعه أو علم ذلك باعتراف أو غيره يريد ان قدم العيب يثبت ببينة شاهدته عند البائع معيبا وقوله أو غيره يحتمل أن يريد به شهادة أهل البصر والعلم بذلك انه عيب لا يحدث في مثل هذه المدة ولا يخلو أن يكون العيب مما يطلع عليه الرجال أو مما لا يطلع عليه الرجال فان كان مما يطلع عليه الرجال فقد قال محمد وغيره لا يثبت الا بقول عدلين من أهل العلم بتلك السلعة وعيوبها (مسئلة) وهذا اذا كان مما يستوى الناس في معرفته فان كان مما لا يعلمه الا أهل العلم به كالامراض والعلل التي تحدث بالناس مما لا يعرفها و يعرف أحوالها وقدر النور فيها والاستضرار بها وتمييز ما جرت العادة بسرعة البرء منها مما جرت العادة بتقرر ذلك أو غيره فيها مما ينفرد الاطباء بمعرفته فانه لا يقبل فيها الا أقوال أهل المعرفة بذلك فان كانوا من أهل العدل فهو أتم وان لم يوجد من يعرف ذلك من أهل العدل قبل في ذلك قول غيرهم وان كانوا على غير الاسلام لان طريق هذا الخبر لما ينفردون بعلمه

(فصل) وان كان مما لا يطلع عليه الرجال كالعيوب تكون في جسد المرأة أو أحد فرجيها فان كان في جسدها فقد اختلف فيه فالظاهر من قول مالك ان ما تحت الثياب من العيوب يقبل فيه شهادة امرأتين وقال سحنون ما كان في الجسد بقر عنه فنظر اليه الرجال وما كان في أحد الفرجين شهد فيه النساء وجه القول الاول انه موضع منع الرجال من النظر اليه فجاز أن تقبل فيه شهادة النساء كالفرجين ووجه قول سحنون ان الجسد وان كان عورة فهي عورة مخففة فجاز أن ينظر اليها الرجال للضرورة كما ينظرون الى وجهها للضرورة ولما منع الرجال من النظر الى ما صح من جسدها بقر الثوب ليتوصل بذلك الى موضع الحاجة و يبقى الباقي على حكم المنع * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي انه ان أمكن ستر ما حواليه واظهار موضع العيب خاصة استغنى عن بقر الثوب وافساده (فرع) فاذا كان العيب الذي يشهد به النساء مما يستوى النساء في تمييزه قبل فيه شهادة امرأتين من عدول النساء دون يمين لانها شهادة كاملة وان كانت من

العيوب ألتي ينفرد بمعرفتها وميزها أهل العلم شهدت امرأتان بصفتها وسئل أهل العلم بذلك عن حكمها فيثبت الحكم بقولهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان ثبت العيب بشهادة من تقبل شهادته فلا يخلو أن يكون مما يحدث عند المبتاع لقدم أمر التبايع ونفيهم حدوث العيب فلا رجوع للمبتاع بشيء منه الا ما قدمناه في العهدة على ما تقدم من التأويل وان شكوا في ذلك فلا يخلو أن يكون من العيوب الظاهرة أو الخفية فان كان من الظاهرة فقد قال ابن القاسم يحلف البائع على البت أن هذا العيب لم يكن عنده ويحلف في العيب الخفي على علمه وقال ابن نافع في المدنية يحلف بالبت ولم يفرق بين ظاهر وخفي واحتج لذلك بان المشترى لو شهد له بانه كان عند البائع لكان له الرد به وان لم يعلم البائع به فيجب أن لا يبرئه أن يحلف على أن ما رد عليه مما لم يعلم به وهذا غير لازم لانه انما رد عليه اذا ثبت انه كان عنده واذا لم يثبت ذلك ولم يحلف على البت في نفيه أنه غير عالم بقدمه ولا حدوثه لم يلزم رده عليه لانه ليس فيما تقدم ما يوجب الرد فلا يلزمه أن يحلف في نفسه على البت وقال أشهب لا يحلف في الظاهر والباطن الا على علمه ووجه قول أشهب ما احتج به من انه ان كان علم به فهو حانث وان كان لم يعلم به لم يلزمه في الرد حتى يثبت قدمه فلا يجب عليه أن يحلف الا على علمه (فرع) اذا قلنا بقول ابن القاسم في العيوب الظاهرة وسأل ابن حبيب سحنونا عن الخفر في الفم والأضراس الساقطة والعيب في الفرج وجرى الجوف على هذا من العيوب الظاهرة التي يحلف فيها على العلم قال سئل عن ذلك أهل الصنعة والمعرفة (مسئلة) فان نكل البائع عن اليمين وكان من العيوب الظاهرة أو الخفية فقد روى عيسى عن ابن القاسم يحلف المبتاع في الوجهين على العلم انه ما حدث ذلك عنده ويكون له الرد هذا الذي ثبت في كتاب الموازية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان كان العيب خفيا حلف المبتاع على علمه وان لم يكن خفيا حلف المبتاع ورده ولم يذكر يمينه على البت أو العلم والتقسيم يقتضي انها على البت وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم مفسرا يحلف في الخفي على العلم وفي الظاهر على البت وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن نافع يحلف المبتاع في العيوب على البت ولم يفرق وبه قال ابن أبي حازم وغيره من المدنيين فتحتمل رواية عيسى الاولى وجهين أحدهما أن تكون موافقة لقول أشهب والوجه الثاني أن يفرق بين البائع والمبتاع فان التدليس انما ينكر من جهة البائع دون جهة المبتاع (مسئلة) فان نكل المبتاع عن اليمين ففي المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم يلزمه البيع وهذا يقتضي انه ليس له بعد النكول الرجوع الى اليمين وفيها قول ابن نافع ان نكل المبتاع لم يرده أبدا حتى يحلف وهذا يقتضي أن له اليمين بعد النكول (مسئلة) فان ظهر على عيبين أحدهما قديم والآخر يشك في قدمه فعلى المبتاع أن يحلف انه لم يحدث عنده بخلاف اذا لم يكن ثم عيب قديم للمبتاع الرد وفسخ البيع والبائع مدع عليه ارش العيب المشكوك فيه فان لم تقم له بينة بحدوثه فاليمين على المبتاع في انكاره واذا لم يكن ثم عيب قديم فليس للمبتاع رد الا بما يدعيه من قدم العيب المشكوك فيه فان قامت له بذلك بينة والا حلف البائع على انكاره (مسئلة) وان أقام المبتاع شاهدا واحدا على قدم العيب حلف مع شاهده ويكون يمينه على البت وان كان عيبا خفيا قاله ابن المواز فان نكل المبتاع عن اليمين حلف البائع وقال ابن المواز يحلف على البت وقال أصبغ يحلف على العلم ووجه قول ابن المواز ان الشاهد شهد على القطع فيجب أن يكون يمين المشهود له موافقا لشهادة شاهده فان نكل ردت تلك اليمين بعينها على البائع فلزمه أن يحلف على البت ووجه قول أصبغ أن يمين المبتاع موافقة لشهادة الشاهد فلذلك

لزم أن تكون على حكمها وليس كذلك يمين البائع فانها على خلافها فبقيت على حكمها
(فصل) وان شهد الشهود بانه أقدم من أمد التبايع فلا يخلو أن يكون المبتاع ممن يظن به انه لا يخفى عليه ويتهم فيه أو يكون عدلا عالما به أو يكون غير عالم عدل فان كان عالما بذلك متهما فيه كالنخاسين والدلالين فروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك أنه يلزمهم وقال ابن المواز فيما علموا أو لم يعلموا وقال ابن حبيب فى الظاهر والخفى لبصرهم بالعيوب وقال ابن القاسم ان كان مثله يخفى أحلف ما رآه وكان له الرد وان كان على غير ذلك لزمه وجه ما قاله مالك ان بصرهم بذلك وتكرر دروسهم عليهم فيه يدل على انه لم يخف عليه فى الأغلب مع ما هم عليه من استحلال ما لا يحل والرضا برد عيب قد علموه وارتضوه ووجه قول ابن القاسم ان الخفى من العيوب قد يخفى عليهم فيحلفون استبراء لهم ويكون لهم الرد (مسئلة) فان كان المبتاع بصيرا بالعيب غير متهم لتصاونه أو تدينه أو متهما غير بصير كان له الرد بالعيب الظاهر والخفى دون يمين طال مكث السلعة عنده أو لم يطل قاله ابن المواز فان ادّعى البائع ان المبتاع قد رضى بذلك وادّعى انه أخبره أو أراه اياه لزمت المبتاع اليمين فان حلف رد بالعيب وان نكل حلف البائع وبرئ به (مسئلة) فان لم يدع انه أراه اياه فلا يخلو أن يدعى أنه بلغه رضا المبتاع به أولا يدعى ذلك فان ادّعى ذلك فهل يحلف المبتاع أم لا روى ابن القاسم عن مالك انه يحلف وروى ابن المواز عن أشهب حلف انه تبرأ اليه منه فرضيه وجه رواية ابن القاسم ان البائع قد ادّعى دعوى يبرأ بمثلها لانه يصح أن يرد عليه فيها اليمين فيحلف ويبرأ وليس كذلك اذا ادعى انه رأى المبتاع ولم يدع طريقا يعرف به ذلك لانه يصح رد اليمين عليه بمثل هذه الدعوى فلم يلزم اليمين بها ووجه قول أشهب ان دعوى البائع فى ذلك كله لا يبرأ به وانما يريد أن يدعى البراءة يدل على ذلك انه اذا حلف لقد أخبره مخبر لم يسقط الطلب عنه وانما يثبت بذلك اليمين على المبتاع ولا يثبت من الايمان الا ما يتوصل به الى استيفاء حق أو البراءة منه ولا يثبت منها ما يتوصل به الى وجوب الايمان ألا ترى أن رجلا لو ادعى قبل رجل حقا فلما كلف اثبات الخلطة ادعاها وأراد أن يثبت بيمينه ليتوصل بذلك الى يمين المدعى عليه لم يكن له ذلك فكذلك فى مسئلتنا مثله (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فان يحيى بن يحيى روى عن ابن القاسم انه يحلف لقد أخبره مخبر واشترط فيه بعض المتأخرين أن يحلف لقد أخبره مخبر صدق ووجه ذلك ان يسلم من الالغاز لانه يحتمل ان يقيم صبيا أو انسانا أو مسخوطا يخبره بذلك فيورى على ذلك بيمينه قال وان أظهر الذى أخبره بذلك لزم اليمين المدّعى عليه وان كان المخبر مسخوطا فكان يجب على هذا التعليل أن ينظر فى حال المخبر فان كان ممالا يعبأ بقوله ويمكن أن يجاهر باختلاف مثل هذا لم تجب بخبره على المبتاع وان كان ممن يعبأ بقوله ويظن به تحرى الصدق والحياء من اختلاق الكذب والمجاهرة به أوجب خبره اليمين والله أعلم وأحكم
(فصل) فان اتفق الشاهدان على تاريخ العيب واختلف المتبايعان فى تاريخ العيب فعلى قول أشهب القول قول البائع انتقد أو لم ينتقد فهو مدع استحقاق قبض الثمن من المبتاع والمبتاع ينكر ذلك وهذا الاصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم وقول أشهب كل واحد منهما قد قال بالقولين وبالله التوفيق (مسئلة) فان اختلف فى عين السلعة فلا يخلو أن يكون مما يعرف عينه أو مما لا يعرف عينه فان كان يعرف عينه كالحيوان والثياب فالقول قول البائع اذا أنكر أن تكون سلعته يحلف على البت ويبرأ وان كان مما يعرف من المكيل والموزون والمعدود فلا يخلو أن

يكون من الأثمان أوغيرها فان كانت من الاثمان فاختلف أصحابنا في ذلك فروى ابن حبيب عن ابن القاسم أن الدافع يحلف على علمه في الغش والنقص صيرفيا كان أوغيره وحكى عن ابن الماجشون أن الصيرفي يحلف على البت وان غيره يحلف في الغش على العلم وفي النقصان على البت قال ولم يختلفوا ان اليمين في نقصان العدد على البت وجه قول ابن القاسم أن انتقاد القابض واستيفاء الوزن ومفارقته للدافع على انه قد استوفى بذلك عدده يضعف دعواه الغش والنقص في الوزن ولو ادعى عدم معرفة تلك الاعيان فادونها فيحلف على انه لا يعرفها لأنه ان عرفها وميزها أعيد النظر اليها والوزن لها ويستوفى تمييز أعيانها وانها هي التي دفع الصيرفي أوغيره فاستوفى ووجه قول ابن الماجشون أن معرفته بالغش والغبن وتجويز الوزن ومباشرته له في الاغلب يوجب عليه اليمين على البت انه قد وفاه جيدا وازنا وليس عليه أن يحلف على البت في ميز أعيانها ووجه قول ابن كنانة في التفرقة بين الغش والوزن ان الذي ينفرد الصيرفي بمعرفته هو الغش وأما الوزن فان جميع الناس يستوون فيه فلذلك استووا في صفة اليمين

(فصل) وقوله فان العبد أو الوليدة تقوم وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فيرد من الثمن ما بين قيمته صحيحا وقيمته وبه ذلك العيب يريد انه يقوم قيمته يوم التبايع سليما من العيب ثم يقوم بقيمته ذلك اليوم وبه العيب فينظر كم بين القيمتين فان كان ربعها رجع بجميع الثمن وان كان أقل أو أكثر فبحسب ذلك وذلك ان المبتاع اشترى السلعة والتغابن لازم في البيوعات لأنها مبنية على ذلك فقد أصاب العيب جزأ من الثمن الذي ابتاع به الجملة فيجب أن يرد من الثمن ذلك المقدار فان كان العيب خمس المبيع رد خمس الثمن وان كان أكثر أو أقل فبحسب ذلك ولا سبيل الى تقدير العيب به من الجملة الا على ماذكرناه وهذا اذا دخل المعيب وجه من وجوه الفوت كالموت والعتق وسائر ما قدمناذكره أودخله معنى يثبت به الخيار للمبتاع من نقص يوجب أن يرد المعيب مع النقص الحادث أو يمسكه ويرجع بقيمة العيب فأما ان لم يدخله شئ من ذلك فليس للمبتاع الا رده ويرجع بجميع ثمنه أو الامساك ولا يرجع بشئ فان أراد البائع أن يدفع اليه الارش ولا يرد عليه المبيع بالعيب لم يكن له ذلك ما لم يتفقا عليه فان اتفقا عليه جاز خلافا لابن شريح في منعه ذلك والدليل على ما نقوله أن هذا خيار يسقط الى مال مع الفوات فجاز أن يسقط الى مال مع الامكان كالخيار في القصاص

ص ﴿ قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا في الرجل يشترى العبد ثم يظهر منه على عيب يرده منه وقد حدث به عند المشترى عيب آخر انه اذا كان العيب الذي حدث به مفسدا مثل القطع أو العور وما أشبه ذلك من العيوب المفسدة فان الذي اشترى العبد بخير النظرين ان أحب أن يوضع عنه من ثمن العبد بقدر العيب الذي كان بالعبد يوم اشتراه وضع عنه وان أحب أن يغرم قدر ما أصاب العبد عنده ثم يرد العبد فذلك له وان مات العبد عند الذي اشتراه أقيم العبد وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه فان كانت قيمة العبد يوم اشتراه بغير عيب مائة دينار وقيمته يوم اشتراه وبه العيب ثمانين دينارا وضع عن المشترى ما بين القيمتين وانما تكون القيمة يوم اشترى العبد ﴾ ش وهذا كما قال ان من ابتاع سلعة وحدث بها عنده عيب مفسد ثم ثبت فيها عيب قديم كان عند البائع فان المبتاع بالخيار بعد ذلك بين أن يمسك المبيع ويرجع بقيمة العيب وبين أن يرد المبيع وقيمة العيب الذي حدث عنده ويرجع جميع الثمن وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له رد المبيع وانما له الرجوع بقدر العيب خاصة والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك قوله صلى الله عليه وسلم لا تصروا الابل

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن الرجل يشترى العبد ثم يظهر منه على عيب يرده منه وقد حدث به عند المشترى عيب آخر انه اذا كان العيب الذي حدث به مفسدا مثل القطع أو العور وما أشبه ذلك من العيوب المفسدة فان الذي اشترى العبد بخير النظرين ان أحب أن يوضع عنه من ثمن العبد بقدر العيب الذي كان بالعبد يوم اشتراه وضع عنه وان أحب أن يغرم قدر ما أصاب العبد عنده ثم يرد العبد فذلك له وان مات العبد عند الذي اشتراه أقيم العبد وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه فان كانت قيمة العبد يوم اشتراه بغير عيب مائة دينار وقيمته يوم اشتراه وبه العيب ثمانين دينارا وضع عن المشترى ما بين القيمتين وانما تكون القيمة يوم اشترى العبد

والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر فوجه الدليل انه لما أتلف المبتاع اللبن وبقي سائر الحيوان جعله بالخيار بين أن يغرم ما أتلف ويرد من الحيوان وبين أن يمسكه ودليلنا من جهة المعنى ان البائع قد دلس بعيب والمبتاع قد حدث عنده عيب بغير تدليس وكل واحد منهما غير راض بما كان عند صاحبه من العيب فاذا تعارض الحقان كان أولاهما بالتقليب المبتاع لأنه لم يوجد منه تدليس ولا تعمد اذا ثبت ذلك ففي هذه المسئلة بابان * أحدهما في بيان المعاني التي تثبت الخيار للمبتاع وتميزها مما لا يثبت له ذلك * والثاني في صفة العمل في الارتجاع والرد

(الباب الاول في بيان المعاني التي تثبت الخيار الخ)

أما المعاني التي تثبت الخيار فانها على ضربين نقصان وزيادة فأما النقص فعلى قسمين نقص من جهة القيمة ونقص من جهة البدن فأما النقص من جهة القيمة فانه يكون لمعنيين أحدهما لاختلاف الاسواق والثاني لتغير حال المبيع فأما النقص لاختلاف الاسواق فانه لا يمنع الرد بالعيب ولا يوجب رد شئ معه ولا يثبت الخيار للمبتاع فأما نقص القيمة لتغير المبيع في غير بدنه مثل أن يحدث فيه اباق أو سرقة أو زنى أو غير ذلك مما لا يؤثر في بدنه ولكنه يزهد فيه وينقص الكثير من ثمنه فهذا قال ابن حبيب لا يثبت الخيار وله أن يرد المبيع دون غرم شئ لما حدث عنده وفي العتبية من رواية ابن القاسم فيمن اشترى جارية فزوجها فولدت اما حبسها فلا شئ له واما ردها بولدها وفي المدنية من رواية محمد بن صدقة عن مالك فيمن اشترى جارية فزوجها ثم وجد بها عيبا فانه بالخيار بين أن يوضع عنه قدر العيب القديم وبين أن يردها ويرد معها ما نقص التزويج وجه القول الأول ان ذلك نقص يختص بالقيمة فلم يكن على المبتاع فيه غرم كبعض القيمة لتغير الاسواق ووجه القول الثاني انه عيب ينقص كثير الثمن لحدوثه وعند المبتاع يثبت له الخيار بين رد المبيع وما نقصه أو التمسك به والرجوع بقيمة العيب كنقص البدن (مسئلة) وأما القسم الثاني وهو النقص من جهة البدن فما كان يسيرا كذهاب الظفر والانملة في وخش الرقيق فان ذلك ليس مما يثبت الخيار للمبتاع وانما له الرد ولا شئ عليه من النقص أو الامساك ولا شئ له من قيمة العيب ووجه ذلك ان البائع متهم بالتدليس ولذلك وجب الرد عليه بالعيب بما كان من الامور اليسيرة التي لا يسلم من مثلها وما كان معتادا متكررا فلا عوض له فيما حدث منها وذلك بمنزلة بقاء المبيع على هيئته وكذلك الكي والرمد والصداع والحمى لانها أمور معتادة يسرع البرء منها هذا مذهب ابن القاسم وخالفه أشهب في الوعك والحمى فقال يثبت الخيار للمبتاع * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي ان ابن القاسم انما أراد الحمى الخفيفة التي يرجى سرعة برئها دون ما أضعف منها ومنع التصرف فان ذلك مما يعظم قدره وبندر فلا يرد المشتري الا أن يرد قيمة ما نقص من المبيع وقد روى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة انه ان اشترى عبدا فمرض عنده ثم اطلع على اباق لم يرده حتى يصح أو يموت فان مات رجع بما بين القيمتين وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك يرده ما لم يكن مرضا مخوفا فعلى هذه الرواية الامراض ثلاثة خفيف لا يثبت الخيار به ومتوسط يثبت الخيار به ومرض مخوف يمنع الرد والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان أصابته موضحة أو جائفة أو منقلة فبرئت فليس بفوت ولا يثبت الخيار للمبتاع لانه قد عاد الى هيئته قال ابن المواز ولو أخذ لذلك عقلا لم يرده المبتاع مع العبد بخلاف قطع اليد وقد روى محمد بن صدقة عن مالك في المدنية انه يرده ولا يرد عقل الموضحة لان الموضحة لا تفيت

العبد ولو كان ما أصيب به العبد جرحا يعيب رسمه لم يكن له رده الا بما أخذ في جرحه وقال ابن القاسم وكذلك المنقلة والجائفة والمأمومة عقلها لمن أخذه الا أن يتبين فان شاء رده وما أخذ من عقله قال عيسى بن دينار ان شانه فهو بالخيار ان شاء رده وما نقصه الشين لسبب العقل الذي أخذ وان شاء أمسكه و يرجع بقيمة العيب وان لم يشنه وان شاء رده وكان له ما أخذ من عقل الجرح وان شاء أمسكه ولا شئ له من قيمة العيب (مسئلة) وان كان النقص في البدن كثيرا كالعور والعمى والشلل وقطع الاصبع من الوخش والانملة من الرائعة وقطع اليد فان ذلك يثبت الخيار للمبتاع بين أن يمسك المبيع و يرجع بقيمة القديم أو يرد المبيع وما نقص العيب الحادث و يرجع بجميع الثمن وهذا حكم الافتضاض والولادة لان هذا كله نقص من غير المبيع مؤثر في ثمنه تأثيرا كثيرا (مسئلة) واختلف أصحابنا في هزال الرقيق والدواب وسمنها فروى ابن حبيب أن مالكا لا يثبت الخيار بسمن الرقيق والدواب ولا بهزال الرقيق ولا بسمنه وشبهه بهزال الدواب وابن القاسم لا يثبته بهزال الرقيق ويثبته بهزال الدواب وسمنها واختار ابن حبيب ان ذلك كله يثبت الخيار ورواه عمن رضي من شيوخه وهي رواية عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة في الدواب وهذا مبنى على ان النقص الكثير والزيادة في البدن تثبت الخيار دون النقص اليسير وأما صلاح البدن مالم يكن سمنا بينا فلا خلاف انه لا يثبت الخيار لانه زيادة في الجسم خاصة وانما يقع الاختلاف بينهم على حسب اعتقادهم في نقص كثير القيمة (فرع) اذا قلنا ان الخيار يثبت بذلك فانه يكون مخيرا بين أن يمسكه و يرجع بقيمة العيب أو يرد عليه قيمة ما حدث عنده من النقص وما يثبت به الخيار في هذا من الزيادة فانه مخير بين أن يمسكه و يرجع بقيمة العيب أو يرده ولا شئ له من الزيادة رواه عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة (مسئلة) وان كان النقص من غير جنس المبيع مثل أن يكون للعبد مال من رقيق أو غيرهم يشترطه المبتاع فتذهب أو يكون على الغنم أصواف فتذهب قبل الجز أو مع النخل ثمر فيتلف قبل الجد فانه لا يثبت الخيار للمبتاع في مال العبيد وانما يكون له أن يرد العبد بما بقي من ماله ولا غرم عليه فيما ملك أو رضي به ولا يرجع بشئ من قيمة العيب رواه عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة وعيسى ابن دينار عن ابن القاسم

(فصل) وأما الضرب الثاني من المعاني الموجبة للخيار بالزيادة في المبيع فلا يخلو أن تكون الزيادة في المبيع زيادة القيمة دون الجسم أو زيادة في عين المبيع فأما الزيادة في القيمة دون العين كالزيادة في النفاذ والمعرفة والفصاحة فهذا لا يثبت الخيار للمبتاع وأما الزيادة في عين المبيع فانها على قسمين أحدهما أن يكون نماء فيه والثاني أن يكون معنى مضافا فان كان نماء فيه كالدابة المهزولة تسمن فقد قال أصبغ عن مالك في ذلك روايتان احداهما نفي الخيار والثانية اثباته وحكى عن ابن القاسم اثباته اذا كان سمنا بينا وجه اثباته انه تغير في البدن فوجب أن يثبت الخيار به كالهزال البين ووجه نفيه انه نماء من نفس المبيع ليس للمبتاع المشاركة فيه فلم يثبت له الخيار كالنفاذ والمعرفة (مسئلة) وان كانت الزيادة بمعنى يضاف الى المبيع فلا يخلو أن يكون نماء خارجا منه أو صفة ثابتة فيه فان كان نماء خارجا منه فعلى وجهين أحدهما أن يكون من جنس المبيع كالولد والثاني أن يكون من غير جنسه كثمرة الشجر وصوف الغنم وألبانها وغلة العبيد والرباع فأما الولد فلم أر لاصحابنا فيه نصا علمنا غير ما روى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فيمن ابتاع شاة حاملا فوضعت عنده فأكل سخلتها ثم وجد عيبا قديما فان له أن يرجع بقيمة العيب أو يرد الشاة وما نقص من ثمنها يوم

ابتاعها لانها كانت ترجى لولدها فظاهر هذا انه انما أوجب ذلك الولادة ولم يوجب له ذلك عدم ولدها واتلاف المبتاع له لانه لو كان كذلك لرد قيمته فقد روى عيسى عن ابن القاسم انما يردها وقيمة ولدها وانما نصوا على انه ليس له ان أراد الرد أن يمسك الولد ويحتمل عندى أن يتخرج فيه القولان فى السمن وهو أظهر لانه نماء منفصل ولا يمكن مع ذلك امساكه (مسئلة) وان كان من غير الجنس كالثمرة والصوف واللبن فلا خلاف على المذهب انه لايثبت له الخيار وانما له أن يرد أو يمسك ولا يرجع بقيمة عيب وقال أبو حنيفة ان ذلك فوت وليس للمبتاع الا قدر العيب والدليل على مانقوله ان هذا نماء لو حدث قبل القبض لم يمنع الرد بالعيب فاذا احدث بعده لم يمنع الرد بالعيب كالكسب والعمل (مسئلة) وان كان صنعة ثابتة فيه كالصبغ والخياطة والقصارة والرقم فى الثوب مما لا يمكن فصله من المبيع الا بفساد فان ذلك يثبت فيه الخيار

(الباب الثانى فى صفة العمل فى الارتجاع والرد فمين يثبت له الخيار)

وذلك ان معنى الخيار المذكور أن يكون للمبتاع أن يمسك المبيع المعيب ويرجع بقيمة العيب القديم أو يرده على البائع ويرد معه قيمة العيب الحادث عنده فان أراد الامساك فانه تقوم السلعة تقويمين أحدهما أن تقوم سليمة من العيب يوم البيع ثم تقوم معيبة فيرجع بقدر مابين القيمتين من الثمن وذلك أن قيمتها سليمة عشرة دنانير وتكون قيمتها بالعيب القديم ثمانية دنانير فيعلم أن قيمة العيب خمس القيمة التى قوم بها صحيحا فيرجع عليه بخمس الثمن الذى اشتراه به وان أراد الرد فأى القيمتين المتقدمتين لابد منهما فاذا تقدمت جعلت قيمة السلعة بالعيب القديم أصلا ثم يقومها قيمة ثالثة بالعيب القديم والحديث فيرد من ثمن المبيع المعيب بقدر ذلك وذلك أن يقال فى مسئلتنا ان قيمته بالعيبين ستة دنانير فيعلم أن العيب الحادث عند المشترى ينقص من قيمة المبيع بعينه الربع ومثل ذلك يجب أن يرجع من ثمنه فان كان اشترى المبيع بخمسة عشر دينارا فأراد امساكه أخذ من البائع خمس الثمن الذى هو خمسة عشر دينارا وذلك ثلاثة دنانير وعلمنا أن الباقى وذلك اثنا عشر دينارا وهى أربعة أخماس الثمن هو ثمن المبيع معيبا بالعيب القديم فاذا أراد أن يرد قيمة العيب الحادث عنده فقد قلنا انه ربع قيمة العبد معيبا رد مع العبد ربع ثمنه بالعيب القديم وذلك ثلاثة دنانير لان العيب الذى حدث عنده انما كان معيبا بالعيب القديم فيلزمه أن يرد قيمة ماتلف من المبيع معيبا بالعيب وهذا معنى ماذكره ابن القاسم فى المدونة وغيرها (مسئلة) فان قال البائع أنا أقبض المبيع ولا أرجع بقيمة العيب الحادث وقال المبتاع بل امسك وارجع بقيمة العيب القديم فقد روى سحنون عن ابن القاسم ذلك للبائع الاول الا أن يقول المبتاع أنا أمسكه ولا أرجع بقيمة العيب القديم فيكون ذلك له وقال عيسى بن دينار ليس ذلك له والخيار للمبتاع وهو الأظهر من قول المدنيين وجه رواية سحنون ان البائع لما أسقط عن المبتاع قيمة العيب الحادث كان بمنزلة مالم يحدث فيه عيب فلم يكن للمبتاع الامساك والرجوع بقيمة العيب ووجه قول عيسى بن دينار ان حدوث العيب بالمبيع يثبت الخيار للمبتاع وان لم يجب به على المبتاع غرم كما لو ثبت تدليس البائع بعيب الرد وقد حدث عند المشترى بسببه عيب آخر وكما لو كان التغير بالزيادة (مسئلة) وأما التغير الموجب للخيار بزيادة فى المبيع كالصبغ ونحوه فانه يأتى ذكره فى الأقضية ان شاء الله تعالى

(فصل) اذا ثبت ذلك فالتغير الحادث عند المشترى على ضربين زيادة ونقصان فأما الزيادة فان حكمها واحد فى التدليس وغيره وأما النقصان فلا يخلو أن يحدث بسبب العيب المدلس به أو باذن

البائع أو يحدث بغير هذين الوجهين فأما ما يحدث بسبب العيب مثل أن يدلس بمرض فيموت منه أو يدلس بسرقة فتقطع يده فيموت أو يدلس بحمل فيموت منه فهذا يرجع بجميع الثمن على البائع لانه تعدى بكتمان عيب قد علمه فكان ذلك سببا لهلاك المبيع فلزمه ضمانه لما كان هلاكه من سببه

(مسئلة) فان دلس بإباق فأبق لم يختلف أصحابنا ان على البائع رد جميع الثمن الا محمد بن دينار فان ابن حبيب ذكر عنه انه قال اذا هلك بإباقه فان للمبتاع قيمة عيب الاباق خاصة الا أن يلجئه الهرب في عطب كالنهر يقتحمه أو يتردى من جبل فيهلك بذلك أو يتوارى في موضع فتنهشه حية فهذا يرد البائع فيه جميع الثمن فاما أن يمرض في اباقه فيموت أو يجهل أمره فلا يرجع عليه الا بقيمة العيب وجه قول مالك والجمهور انه هلك بعيب دلس به البائع فكان عليه جميع الثمن كما لو دلس بمرض فات منه ووجه قول ابن دينار ان ما اعترضه من مرض أو غيره ليس من جملة الاباق فلا ضمان عليه وأما ما يحدث باذن البائع فسيأتي ذكره في الأقضية ان شاء الله تعالى

(فصل) ثم نرجع الى الأصل ونقول قوله فان مات العبد وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه الى آخر الفصل يقتضي أن الرجوع بقيمة العيب انما يكون اذا كان العيب باقيا الى وقت الفوات فأما ان زال العيب قبل فوات العبد بالعتق والموت أو غير ذلك فلا رجوع للمبتاع على البائع بقيمة العيب لانه لو كان العبد باقيا وقد زال عنه العيب لم يكن له رده بعيب قد زال فكذلك لا يكون له أن يرجع بقيمته بعد فوات المبيع (مسئلة) والعيوب في ذلك على ضربين عيوب اذا ذهبت لم يخش عاقبتها كالبياض في العين والمرض والولد يموت والجرح يبرأ على غير شين فان أخذ له عقلا فهذا لا خلاف انه بمنزلة الصحيح الذي لم يكن به شين وان مات أو عتق بعد زوال هذه المعاني فلا يرجع على البائع بشيء وان كان العبد قائما لم يكن له رده بعد ذهاب هذه المعاني وبالله التوفيق ومنها عيوب يتقى عاقبتها ويتقى عادتها أو عودتها فأما ما تتقى عادته كالسرقة والاباق قال أشهب عن مالك في الصبي يأبق في الكتاب ثم يبلغ ويكبر لا يبيعه حتى يبين لان عادته تبقى وأما الجارية تبول في الفراش ثم انقطع عنها ذلك قال ابن القاسم هو عيب وقال أشهب ان انقطاعا بينا كالسنين الكثيرة فليس بعيب وان كان أمرا يسيرا فهو عيب ويحتمل أن يكون قول ابن القاسم وأشهب في ذلك واحدا اذا انقطع ذلك عنها العشرة الاعوام ونحوها على أنهما قد اختلفا في الجنون كاختلافهما في هذا وأمر الجنون أشد وأما الزوج للأمة والزوجة للعبد يموتان أو يفترقان قال ابن القاسم وابن كنانة في المدنية ليس بعيب وقال مالك من رواية أشهب عنه هو عيب وجه ما قاله ابن القاسم ان العيب قد ذهب بالفرقة أو الموت كالبياض يكون بالعين وجه رواية أشهب ان من اعتاد ذلك منهما دعا اليه وطلبه وذلك مفسد لحاله ومؤثر في خدمته وقال الشيخ أبو بكر انما ذلك لان الناس أرغب في من لم يكن لها زوج قط (مسئلة) وأما ما يتقى عودته من الجنون والجذام والبرص فقال ابن القاسم في الجنون هو عيب لانه تكثر رجعته وقال أشهب اذا برىء حتى أمنت عودته فليس بعيب

(فصل) وقوله وانما تكون القيمة يوم اشترى العبد يريد في الرد والامساك لانه اذا زاد فعليه قيمة الجزء الذي تلف عنده يوم الشراء الا أنه في ذلك ضمنه وان أراد الممسك فعليه أن يرجع بقيمة عيب التدليس لان الجزء الذي دلس بنقصه انما دفع قيمة الثمن على قيمة قدره من المبيع ذلك اليوم فانما الرجوع بقدره ذلك اليوم من الثمن الذي دفع في الجملة ص ﴿قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من رد وليدة من عيب وجدها وقد أصابها أنها ان كانت بكرا فعليه ما نقص من ثمنها وان

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من رد وليدة من عيب وجدها وكان قد أصابها انها ان كانت بكرا فعليه ما نقص من ثمنها وان

كانت ثيبا فليس عليه فى اصابته اياها شئ لانه كان ضامنا لها * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن باع عبدا أو وليدة أو حيوانا بالبراءة من أهل الميراث أو غيرهم فقد برئ من كل عيب فيما باع الا أن يكون علم فى ذلك عيبا فكتمه فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع مردودا عليه ﴾ ش وهذا كما قال ان من أصاب وليدة وجد بها عيبا فانها ان كانت بكرا فأذهب عذرتها فان عليه ما نقصها ان أراد ردها بالعيب وكانت ممن ينقصها الافتضاض لان وخش الرقيق لا ينقصه ور بما زاد ذلك فيهن وان كانت ثيبا ردها ولا شئ عليه لوطئه اياها وقد تقدم ذلك كله وليس عليه رد مهر فى بكر ولا ثيب وروى القاضى أبو محمد عن ابن أبى ليلى وروى عن شريح أنه أوجب فى ذلك مهر الرد معها والدليل على صحة ما ذهب اليه الجمهور ان هذا وطء صادف ملكا فلم يوجب مهرا أصل ذلك اذا فاتت ص ﴿ قال مالك فى الجارية تباع بالجاريتين ثم يوجد باحدى الجاريتين عيب ترد منه قال تقام الجارية التى كانت قيمة الجاريتين فينظر كم ثمنها ثم تقام الجاريتان بغير العيب الذى وجد باحداهما تقامان صحيحتين سالمتين ثم يقسم ثمن الجارية التى بيعت بالجاريتين عليهما بقدر ثمنهما حتى يقع على كل واحدة منهما حصتها من ذلك على المرتفعة بقدر ارتفاعها وعلى الأخرى بقدرها ثم ينظر الى التى بها العيب فيرد بقدر التى وقع عليها من تلك الحصة ان كانت كثيرة أو قليلة وانما تكون قيمة الجاريتين عليه يوم قبضهما ﴾ ش وهذا كما قال وذلك ان من ابتاع جارية بجاريتين ثم وجد مبتاع الجاريتين باحداهما عيبا فانه تقوم الجارية التى كانت ثمن الجاريتين فينظر كم ثمنها يريد قيمتها وانما يحتاج الى ذلك ليتوصل بذلك الى معرفة ما يعيب كل واحدة من الجاريتين من الثمن فى بيعه المتقدم وهى قيمة الجارية المنفردة

(فصل) وقوله ثم تقام الجاريتان بغير العيب الذى وجد باحداهما سالمتين منه لانهما انما كانتا ثمنا للجارية الواحدة التى تقدم تقويمها وهما سالمتان لانه على ذلك اشتراهما بائع الجارية وانما تقوم كل واحدة منهما مفردة ليعلم قيمة كل واحدة منهما فبذلك يتوصل الى ما يريده ثم يجمع القيمتان ثم يعلم كم مبلغ قيمة كل واحدة من الجاريتين من قيمتهما فان كانت قيمة التى بها العيب ثلث الجملة وقيمة الأخرى الثلثين ردها ورجع بقدرها وبيان ذلك انه لا يخلو أن تكون الجارية التى هى من ثمن الجاريتين باقية على حالها لم تفت أو تكون قد فاتت بزيادة أو نقصان أو اختلاف أسواق فان كانت قائمة لم تفت نظر الى الجارية التى وجد بها العيب فان كانت أفضل الجاريتين رد الجاريتين وأخذ جاريته وان كانت أدون الجاريتين رد المعيبة بما يصيبها من قيمة الجارية المفردة بيد مبتاعها وهذا معنى ما فى المدونة من ذلك وروى اسماعيل القاضى عن ابن الماجشون ان الذى وجد العيب لا يرجع فى عين ما باع وان وجد العيب بجميع ما أخذ والذى أعطى لم يفت وانما يرجع بقيمته وان تساوت الجاريتان ففى المدونة عن ابن القاسم فى العبدين المتكافئين يصيب المبتاع بأحدهما عيبا أو يستحق فانه يرده ويأخذ ما يصيبه من الثمن وقاله غير ابن القاسم فى العبدين والشاتين وقلتى الخل

(مسئلة) وان فاتت الجارية بزيادة أو نقصان لزم فيها البيع وكان التراجع فى قيمتها على حسب ما قدمناه الا أنه ينظر المعيبة من الجاريتين فان كانت الارفع ردها ورجع بجميع الجارية المفردة وان كانت المعيبة هى الادون ردها مفردة ورجع بقيمتها مع قيمة الجارية المفردة ولزمه البيع فى الجارية الثانية التى هى أرفع الجاريتين (مسئلة) فان كانت الجارية المفردة لم تفت ولا تغيرت فى بدنها وانما تغيرت فى أسواقها بزيادة أو نقصان فقد قال ابن القاسم ان ذلك فوت يمنع الرجوع

كانت ثيبا فليس عليه فى اصابته اياها شئ لأنه كان ضامنا لها * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن باع عبدا أو وليدة أو حيوانا بالبراءة من أهل الميراث أو غيرهم فقد برئ من كل عيب فيما باع الا أن يكون علم فى ذلك عيبا فكتمه فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع مردودا عليه * قال مالك فى الجارية تباع بالجاريتين ثم يوجد باحدى الجاريتين عيب ترد منه قال تقام الجارية التى كانت قيمة الجاريتين فينظر كم ثمنها ثم تقام الجاريتان بغير العيب الذى وجد باحداهما تقامان صحيحتين سالمتين ثم يقسم ثمن الجارية التى بيعت بالجاريتين عليهما بقدر ثمنهما حتى يقع على كل واحدة منهما حصتها من ذلك على المرتفعة بقدر ارتفاعها وعلى الاخرى بقدرها ثم ينظر الى التى بها العيب فيرد بقدر الذى وقع عليها من تلك الحصة ان كانت كثيرة أو قليلة وانما تكون قيمة الجاريتين عليه يوم قبضهما

فى عينها كتغير البدن
(فصل) وانما تكون قيمة الجاريتين عليه يوم قبضهما لا يوم خروج الجارية المفردة وان كانت السالمة فى الرائعة من عهدة المواضعة لانه حينئذ يصح قبضه للجاريتين ان لم يثبت فيها حكم المواضعة وان ثبت فيها حكم المواضعة فتى يخرجان منها وانما قال فى هذه المسئلة يوم القبض بخلاف ما تقدم قبله فى مسئلة العبد والوليدة من التقويم يوم البيع لانه ينافى مسئلة العبد والوليدة على أنه ليست فيهما مواضعة والكلام فى هذه المسئلة على رقيق فيهم المواضعة أو عهدة الثلاث فانما تلزمه القيمة بعد ذلك ونحن نحتاج أن نبين حكم المواضعة وما يتعلق بها وفيها ستة أبواب * الباب الأول فى تبيين معنى المواضعة ولزومها * والباب الثانى فى محلها من المعقود عليه * والباب الثالث فى محل المواضعة من العقود * والباب الرابع فى محل المواضعة من المعقود عليه * والباب الخامس فى تبيين حكم الحوادث * والباب السادس فى بيان ما تخرج به المواضعة

(الباب الأول فى بيان معنى المواضعة ولزومها)

قال أحمد بن المعذل فى المبسوط المواضعة أن توضع الجارية اذا بيعت على يد امرأة معدلة حتى تحيض حيضة فان هى حاضت كمل البيع وان لم تحض وظهر بها حمل فسخ البيع (مسئلة) وحكم المواضعة ثابت فى الرقيق فى كل بلد قال أشهب فى العتبية والواضحة أرى أن يحمل الناس على المواضعة قال ابن عبدوس لما يتقى فيهما من الحمل

(الباب الثانى فى تبيين محلها من العاقدين)

وذلك أن البائع للجارية سواء كان مالكها أو غيره من سلطان أو وكيل أو وصى لا بد من المواضعة لما ذكرناه (مسئلة) ومن باع شقص جارية ففى المبسوط عن مالك عليه المواضعة قال ابن القاسم فى المدونة وكذلك لو أقال منه ووجه ذلك انه يجب عليه تسليم ذلك الجزء الذى باعه سالما من الحمل (مسئلة) والمسافر الحاج وغيره اذا باع الجارية فعليه المواضعة رواه ابن المواز عن مالك قال وكذلك أهل منى قال وكذلك المجتاز والمرأة ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) واذا كان البائع قد غاب عن الأمة وهو ممن يطأ مثله فلا خلاف على المذهب فى وجوب المواضعة فان كان لم يغب على الأمة وفى حكم من لم يغب عليها مثل أن يقيل من جارية أو من على مواضعتها أو وضعت على يدى غيره فان أقال منها أو ولاها قبل أن يغيب عليها أو قبل أن تنقضى مواضعتها فلا مواضعة فيها لان البائع فى مثل هذا كان ضامنا لها ومتى رجعت اليه فى مدة ضمانه لها فلا مواضعة على المشترى فيها وكذلك لو باعها المشترى من بائعها أو من غيره بربح فلا مواضعة عليه ولا استبراء على المشترى لانها على يدى عدل تعلم به براءتها ولم يغب عليها بعد البراءة من لم يؤمن عليها وكذلك من باع جارية ممن هى على يده وديعة بعد ان حاضت عند المودع عنده (مسئلة) فان غاب عليها غير من وضعت عنده للاستبراء وكان البائع لها ممن لا يطأ مثله كالصبى الصغير والمرأة فالظاهر من المذهب وجوب المواضعة لا يجوز منها حمل لا يلحق بزوج ولا زنى ظاهر فلم يدخل المبتاع عليه وهو ممن ينقص معظم الثمن وأما الزانية المشهورة بذلك أو ذات الزوج فلا ينقص من ثمنها الا اليسير فلا مواضعة فيها

(الباب الثالث فى محل المواضعة من العقود)

حكم المواضعة ثابت فى البيع بالنقد أو فى الثمن المؤجل وأما فى ابتياع الأمة من دين على الأمة فلا يجوز أن يثبت فيها حكم مواضعة وان كانت من الاماء اللاتى لا يجوز بيعهن الا بالمواضعة لا يجوز ذلك

فيها وبطل العقد لما يدخله من فسخ الدين فى دين قاله ابن القاسم ووجه ذلك ان المبتاع كان له على البائع دين فنقله فى جارية لم يتنجز نقل الدين الى عينها لما بقى فيها من حكم المواضعة التى لا يكمل البيع وتبرأ به ذمة البائع الا بكمالها فلم تبرأ ذمة البائع من دين ولا بقيت مشغولة به على حسب ما كانت قبل البيع لانها قبل البيع كانت مشغولة بدين محض وجنس معلوم وبعد البيع صارت مترددة بعد البراءة من الدين ان سلمت الجارية فى المواضعة والاشتغال به ان لم تسلم وهذا معنى فسخ الدين فى الدين أن لا تبرأ الذمة من الدين الأول ولا تبقى مشغولة به على الصفة التى كانت مشغولة به قبل الفسخ ويتخرج على قول أشهب جواز ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان البيع بيع براءة فقد قال ابن القاسم حكم المواضعة ثابت فيها لا يسقط بالبراءة قال ابن المواز وقال مالك فى العتبية ولو بيعت بيع ميراث فلا بد من المواضعة وقال ابن المواز باعها سلطان أو غيره ووجه ذلك ان البراءة من الحمل لا تجوز لا سيما مع اقرار البائع بالوطء والمواضعة انما هى لمعنى ما يحدث من الحمل فلا بد من ثبوتها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وان شرطا فى بيع جوارى المواضعة أن لا مواضعة بينهما فانه على وجهين أحدهما أن لا يشترط البراءة من حمل ان كان بها والثانى أن يشترط ذلك فان لم يشترط البراءة من حمل فان ظهر بها بطل الشرط وثبت عقد البيع وثبت حكم المواضعة وبه قال ابن القاسم فى المدونة وغيرها وهو قول جماعة أصحابنا غير الشيخ أبى بكر فانه قال فى المختصر الكبير ان البيع يفسد بذلك وهو مبنى على قول أصحابنا فى صحة العقد أو فساده فى نقل الضمان المختلف فى محله عن عرفه وقد قدمنا ذكره (فرع) فاذا قلنا بابطال الشرط وصحة العقد فقد قال ابن حبيب يخرج من يد المشترى ويجرى فيها حكم المواضعة فان لم ترفع أمرها حتى ماتت ففى المدونة ان كان ذلك فى مدة المواضعة فهى من البائع وان ماتت بعد ذلك فهى من المبتاع وحكى القاضى أبو اسحق فى مبسوطه عن مالك ان ماتت فى عهدة الثلاث فهى من البائع وان ماتت بعدها فى مدة الاستبراء فهى من المشترى وجه الرواية الأولى لما بطل الشرط فى ترك المواضعة ثبت حكمها وكانت عند المشترى بمنزلة أن يؤتمن على استبرائها ووجه الرواية الثانية انه لما شرط ابطال المواضعة لم يبطل ذلك الا بحكم حاكم فاذا ماتت قبل ذلك كانت بمنزلة وخش الرقيق الذى لا مواضعة فيه (فرع) فاذا قلنا بمراعاة مدة الاستبراء فكم قدرها قال ابن المواز الشهر ونحوه ولم يفصل وقال ابن حبيب ان كانت أيام حيضتها معروفة فقدرها وان لم تكن معروفة فأغلب أحوال النساء وهو الشهر قال وهو فى الموت خاصة وأما ان جاء بها بعد شهرين أو ثلاثة يريد ردها بعيب تأخير الحيض أو بعيب حدوثه وزعم انها لم تحض صدق (مسئلة) وأما النكاح بالأمة الرائعة التى تحيض فحكم المواضعة (مسئلة) فأما الاقالة فان حكم المواضعة ثابت فيها اذا حدثت الاقالة بعد انقضاء المواضعة من البيع لان الاقالة بيع حادث يلزم البائع الثانى فيها من ضمان الجارية فى مدتها ما لزم البائع الأول فى مدة المواضعة الاولى ويتقى من ظهور حملها فيها ما اتقى من ظهوره فى الاولى (مسئلة) وأما الرد بالعيب فان كان قبل انقضاء المواضعة من البيع فلا خلاف انه لا مواضعة فيه لانها باقية على ضمان الاول وان كان بعد انقضاء المواضعة من البيع فقد قال ابن القاسم فيه المواضعة للبائع على المشترى الذى يرد بالعيب وقال أشهب لا مواضعة فيه ووجه ما قاله ابن القاسم ان هذه أربعة يلزم فيها المواضعة بانتقال الملك بالمعاوضة كما لو بيعت ووجه ما قاله أشهب ان هذا نقض بيع وليس ببيع مبتدأ ولا عقد وهذا الحكم يختص بالعقود دون فسخها

(الباب الرابع فى محل المواضعة من المعقود عليه)

ان المواضعة ثابتة فى الرائعة من الاماء التى مثلها يوطأ وليست بظاهرة الحمل ولا معرضة لحمل يقبحها فى البيع كذات الزوج والمجاهرة بالزنا وأخصر من هذه العبارة انها ثابتة فى الجارية التى ينقص الحمل من ثمنها الكثير فان الصغيرة لا يصح فيها الحمل وذات الزوج والمشهورة بالزنا لا ينقص الحمل من ثمنها الكثير وأما وخش الرقيق قال ابن القاسم عن مالك فى المبسوط من الزنج وما أشبههن فلا يلزم فيهن ذلك واحتج لذلك بان الرائعة ينقص الحمل معظم ثمنها والوخش لا ينقص ثمنها فان نقص فينقص منه اليسير والغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره (فرع) قال مالك وما كانت بثمن خمسين أو ستين فهى من المرتفعات وهذا انما هو بحسب اختلاف الأوقات وانما ينظر فى ذلك الى ما جرت العادة أن يتخذ مثلها للوطء فهى الرائعة التى يثبت فيها حكم المواضعة واذا كانت ممن لم تجر العادة باتخاذها لذلك وانما تتخذ للاستخدام فهى من الوخش ولا يثبت فيها حكم المواضعة (مسئلة) واذا كانت الأمة المبيعة ذات زوج أو معتدة من طلاق فلا مواضعة فيها قال أحمد بن المعذل فى المبسوط لانها لم تشتر للوطء فلا يثبت فيها حكم المواضعة وهذا معنى صحيح لان الوخش لم يثبت فيها حكم المواضعة لما لم يكن المقصود منها الوطء (مسئلة) وان كانت حاملا ظاهرة الحمل ففى المدونة من قول مالك لا مواضعة فيها ووجه ذلك أن المواضعة انما هى خوف الحمل وتوقعه فاذا كان حملها ظاهرا فهو بمنزلة العلم بالعيب فلا يصح الرد به ولا التزامه به (فرع) فان اشترى جارية ظاهرة الحمل على ما تقدم فى ذلك من نفى المواضعة ثم انفش الحمل وظهر انها حامل فانها لا ترجع الى حكم المواضعة قاله ابن القاسم فى المدونة واحتج لذلك بان للبائع أن يقول بعتك حاملا ولا أدرى ما حدث بعد ذلك وله أن يقول بعتك ما جاز لى فيه الانتقاد وقد انتقدت (مسئلة) وأما الصغيرة التى لا يوطأ مثلها فلا مواضعة فيها لانها ممن لا يتقى عليها الحمل فلا تجب فيها مواضعة لان موضوع المواضعة لما يتقى من الحمل عليها فان كانت توطأ ولا يحمل مثلها فقد قال ابن القاسم فيها المواضعة وقال مطرف وابن الماجشون لا مواضعة فيها وجه قول ابن القاسم ان من يصح وطؤها لا يكاد أن يتميز وقت تجويز الحمل عليها فاحتيط لذلك كما احتيط بالعدة من الوفاة فى حق الصغيرة التى لا تحمل لما لم يتميز ذلك ووجه قول مطرف وابن الماجشون انه اذا اتفق على أنها لا تحمل فلا معنى للمواضعة والله أعلم

(الباب الخامس فى حكم الأمة فى مدة المواضعة وان ضمانها من البائع)

ويلزم البائع نفقتها وجميع مؤنتها والسنة فى ذلك أن توضع على يد امرأة وقال أشهب فى كتاب ابن المواز تكون امرأة عدلة ووجه ذلك أن المرأة يقبل قولها فى حيضتها ويمكنها النظر اليها وان وضعت على يد رجل أجزأ ذلك اذا كان له عيال ينظرون اليها (مسئلة) وما لحق الأمة فى مدة المواضعة من موت أو نقص جسم فهو من البائع وللمبتاع فى الموت امساك الثمن وارتجاعه ان كان أخرجه من يده وفى النقص خيار الرد بالعيب أو الامساك وأما ما كان من غير جسدها كالزنا والسرقة فجمهور أصحابنا على أن له الرد بذلك وحكى ابن حبيب عن أصبغ لا يردها به وجه قول الجمهور ان هذا لو كان أقدم من أمد التبايع لرد به فاذا حدث فى مدة المواضعة كان له الرد به كنقص الجسم ووجه قول أصبغ ان مثل هذا يمنع البائع بيعها لانها متى أرادت البقاء عنده أحدثت مثل هذا فى مدة المواضعة فترد عليه وما كان بهذه الصفة وجب أن يمنع منه (مسئلة) وما حدث لها من مال بهبة أو وصية أو عطية فهو للبائع ان كان لم يستثن منه مالها لان

كل من لزمه ضمانه كان لها مانبت من مال وأما ماحدث لها من ولد فقد قال ابن القاسم هو للمبتاع وقال أشهب هو للبائع وجه قول ابن القاسم انه نماء من جنس المبيع فأشبه الثمن ووجه قول أشهب انه نماء منفصل فى مدة المواضعة فكان للبائع كنماء المال (مسئلة) ومن اشترى جارية رائعة بالمواضعة فيها ورضي بالحمل بعد صحة العقد فقال ابن القاسم له ذلك وان أباه البائع وقال سحنون ليس له ذلك وجه قول ابن القاسم ان كل عيب يجوز للمبتاع الرضا به بعد ظهوره فانه يجوز له الرضا به قبل ظهوره واسقاط المطالبة كسائر العيوب ووجه قول سحنون ما احتج به من أن المبتاع انما أسقط ما وجب له من الضمان على البائع لتعجيل الخدمة

(الباب السادس فى بيان ماتنتقض به المواضعة)

المواضعة تكون بأحد شيئين بحيض أو شهور فأما الحيض فالذى يجزئ منه حيضة واحدة لان بها تحصل غلبة الظن ببراءة الرحم وليس يتعلق بها معنى من العبادة ولا حرمة الحرية فلذلك لم يكرر الحيض فيها تكرره فى العدة فان كان الابتياع بعد ابتداء الحيضة فان كان فى أول الدم وعظم الحيضة أجزأ ذلك من المواضعة فان كان الابتياع فى آخر الحيضة وبعد ان ذهب معظم الدم لم تقع به البراءة واستؤنفت بعد المواضعة ووجه ما احتج به ابن القاسم من أن الرحم فى ذلك الوقت لا يقبل المنى بل يقذف بالدم وآخر الحيض يقبل المنى فلذلك افترقا (فرع) وكم مقدار ماتقع به البراءة من الحيضة الباقية قال ابن المواز ان بقى منه مقدار مايعرف انه حيضة أجزأه ويحتمل قوله هذا أمرين أحدهما انه ان بقى منه مقدار أقل الحيض أجزأه ولذلك قال فى آخره وان كان انما بقى منه اليوم واليومان لم يجزه والثانى ان كان فى وقت يرى ان الرحم يرى الدم ولا يقبل المنى فهو براءة فان كان غير ذلك فانما هى مدة يسيرة لاستقصاء بقايا الدم وذهاب أمره فليس براءة (مسئلة) وان كانت الحيضة بعد الابتياع فلا يخلو أن تأتى على المعهود أو تتأخر عنه فان أتت على المعهود فانه تتم المواضعة وان كانت بعد التبايع بلحظة لانا قد قلنا انه اذا كان التبايع فى أول الحيضة ان المواضعة تتم بتلك الحيضة فبان تتم اذا كان جميع المواضعة بعد الحيض أولى (مسئلة) فان كانت ممن تحيض فارتفعت حيضتها فاختلف أصحابنا فيها فروى ابن وهب أن براءتها لتسعة أشهر لاتنقص من ذلك وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا ان براءتها ثلاثة أشهر الا أن ترتاب فتقيم تمام تسعة أشهر ولم تبرأ الا أن يظهر بها حمل ووجه رواية ابن وهب أن ارتفاع الحيض ريبة فوجب أن تتربص له مدة الحمل وهى تسعة أشهر وأصل ذلك ارتفاع حيض المطلقة ووجه رواية ابن القاسم أن ارتفاع الحيض بمجرده ليس بريبة لانه قد يرتفع بمرض ورضاع وغير ذلك فالثلاثة أشهر تنوب عنه كالحيضة (مسئلة) وهذا فيمن كانت عادتها أن يتكرر حيضها قبل الثلاثة الأشهر فأما من كانت حيضتها تبطئ عنها أكثر من ذلك فلا يخلو أن تكون عادتها أقل من تسعة أشهر أو أكثر منها فان كانت عادتها أقل من تسعة أشهر فقد روى عيسى عن ابن القاسم ان ثلاثة أشهر تبرئها وروى عنه يحيى لا يبرئها الا الحيض والا رفعت الى ثلاثة أشهر ان استبرئت وجه رواية عيسى بن دينار ان من كانت لاتحيض فى ثلاثة أشهر فان ثلاثة أشهر تبرئها كالتى لاتحيض الا فى أكثر من تسعة أشهر لان الأشهر الثلاثة براءة لكل من لاريبة بها ووجه رواية يحيى ان من كانت عادتها فى الحيض أكثر من ثلاثة أشهر ودون التسعة فان الثلاثة لاتبرئها لان هذه حالها التى لاتبرى قط فى الحمل وغيره فلا يستدل بها على براءتها (مسئلة) فان كانت عادتها أكثر من تسعة أشهر فلا خلاف على المذهب نعلمه ان ثلاثة أشهر تبرئها

الاماقال ابن حبيب ان من تحيض لأكثر من ثلاثة فانه لا يبرئها الا الحيضة ولم يفصل وجه قول الجمهور ان من من تأخرت حيضتها أكثر من تسعة أشهر فان تأخرها ليس بريبة ولا يفيد وضعها الى تسعة أشهر الا ما يفيد وضعها الى ثلاثة أشهر فلا معنى للاضرار بالمتبايعين ووجه رواية ابن حبيب ان من تحيض لا يبرئها الا الحيض المعتاد الا ان تتأخر عن عادتها فتنتقل الى الأشهر كالو حاضت لشهر

(فصل) اذا ثبت الاستبراء والمواضعة تقع بانقضاء مدة المواضعة وذلك بظهور الحيض فان باول الدم فقد خرجت عن ضمان البائع وسقطت سائر أحكام المواضعة وتقرر ملك المشترى عليها وهل يحل له الاستمتاع بها أولا قال ابن القاسم في المدونة له ذلك لاول ما تدخل في الدم ويحكى على قول أشهب في كتاب ارخاء الستور انه يستحب له أن يؤخر ذلك حتى يعلم ان ما رأته من الدم حيضة

(فصل) وأما المواضعة بالأشهر ففي من لا تحيض لعلة أو ليأس فاما من لا تحيض لعلة وريبة فقد تقدم ذكرها وأما من لا تحيض ليأس فهذه مواضعتها ثلاثة أشهر وبه قال سليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة والشافعي يجزئ من ذلك شهر واحد وقال عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم شهر ونصف وقيل شهران والدليل على صحة ما ذهبنا اليه ان المبدل لا يختلف وان اختلفت مقادير مبدلاته مع اتفاق معانيها كالتيمم لا يختلف مقداره باختلاف مقدار الوضوء والغسل لما كان معناهما واحدا والله أعلم

(فصل) اذا ثبت ما ذكرناه من تفسير أحكام المواضعة فان قوله وانما تكون قيمة الجاريتين عليه يوم قبضهما فان من باع جارية بجاريتين لا يخلو أن تكون الثلاث الجواري من أعلى الرقيق أو وخشه فان كن من أعلى الرقيق ثبت حكم المواضعة في جميعهن ثم ينظر في الجاريتين اللتين هما عوض الجارية الواحدة فلا بد ان تكونا مستويتين أو احداهما أرفع من الاخرى فان هلكت المنفردة أو الرفيعة من الاثنتين في المواضعة انتقض البيع كله لان الهالكة منهما من ضمان البائع فرجع العوض الى صاحبه وما أصاب الرفيعة من الثنتين فالدنية تبع لها وان هلكت الدنية من الثنتين فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ينتقض البيع كله أيضا وروى هو وعيسى عن ابن القاسم أن الدنية من بائعها يرجع بقدر قيمتها من قيمتها وقيمة التي معها في قيمة المنفردة لضرورة الشركة واختاره محمد وجه الرواية الاولى ان هلاك الجارية قبل ابرام البيع في عوضها يوجب نقض العقد كله دون مراعاة يسير ما هلك منه بخلاف ما وجد به العيب بعد ابرام العقد فانه لا يتعدى نقض اليسير منه الى غيره ووجه الرواية الثانية ان امتناع التسليم في يسير البيع لا يوجب نقض البيع في جميعه اذا لم يحدث نقصا في غيره كالاستحقاق (مسئلة) وان كانتا متساويتين فان تبايعا بجاريتين تواضعاهما (مسئلة) وان تبايعا جاريتين فتواضعاهما فحاضت احداهما قبل الأخرى فقد روى ابن القاسم ان التي حاضت توقف كالثمن الموضوع وروى عبد الملك عن مالك في المبسوط يقبضها ربها وتبقى الأخرى على حكم المواضعة ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من انها كالثمن الموضوع لا يجوز لمبتاعها أن يقبضها حتى يسلم عوضها من المواضعة وذلك مبني على ان الرجوع في عينها ان لم يسلم عوضها ووجه رواية عبد الملك ما قاله ان هذه قد كمل فيها البيع فان سلم العوض تم البيع فيهما وان عرض لها مانع مضت الاولى بقيمتها وكانت كجارية بجارية استحقت احداهما أو ردت بعيب وقد لزمت مشتريها قال عبد الملك ولو حدث بها الحادث قبل أن تحيض واحدة منهما فسخ البيع لان احداهما لم تضمن بالقيمة

(فصل) ثم نرجع الى شرح المسئلة قوله ثم ينظر الى التى بها البيع وترد بقدر التى وقع عليها من تلك الحيضة ان كانت كثيرة أو قليلة اختار بصفة التراجع فى الجملة ولم يبين الحيضة ان كانت فى العين أو غيرها وقد تقدم مذاكرة ذلك وبيانه وبالله تعالى التوفيق ص ﴿ قال مالك فى الرجل يشترى العبد فيؤاجره بالاجارة العظيمة أو الغلة القليلة ثم يوجد به عيب يرد منه انه يرد بذلك العيب وتكون له اجارته وغلته وهذا الأمر الذى كانت عليه الجماعة ببلدنا وذلك لو أن رجلا ابتاع عبدا فبنى له دارا قيمة بنائها ثمن العبد اضعافا ثم يوجد به عيب يرد منه رده ولا يحتسب للعبد اجارة فيما عمل له وكذلك تكون له اجارته اذا آجره من غيره لانه ضامن له وهذا الأمر عندنا ﴾ ش وهذا كما قال ان الغلة للمبتاع وله الرد بالعيب دونها والرجوع بجميع الثمن وذلك ان ما يحدث فى عين المبيع على ضربين ظاهر حين العقد وغير ظاهر فالظاهر كثمرة نخلة مأبورة والصوف الكامل على ظهور الغنم ففى رد مثل هذا مع المعيب المردود بالعيب اختلاف بين أصحابنا قال ابن القاسم يرد وقال أشهب لا يرد بشئ من ذلك وهو للمبتاع اذا انفصل عنه قبل الرد بالعيب ووجه قول ابن القاسم ان للثمرة على هذه الحال وللصرف حصة من الثمن لانه لو استحق شئ من ذلك كان للمبتاع الرجوع بقدر ذلك من الثمن نص عليه محمد بن مسلمة ووجه قول أشهب ان هذه غلة انفصلت من المبيع قبل الرد بالعيب فلم ترد معه كاللبن فى ضروع الغنم يوم البيع قال ابن المواز ولم يختلف أشهب وابن القاسم فيما كان من اللبن فى ضروع الغنم عند البيع لانه لا يرد معها (فرع) واذا قلنا بقول ابن القاسم فان للمبتاع اذا رد الثمرة أجر السقى والعلاج ووجه ذلك انه لما وجب عليه رد الثمرة كان له أجر العمل الذى يختص بها وانما يكون له عندى من العمل أجر ما لو رد الثمرة لم يعمله لانهم لم يذكروا فى مسئلة الغنم الرجوع بالعمل ونحن نعلم ان للرعى والسقى عليها تأثيرا فيها ولا يرجع من ذلك كله بشئ وانما يرجع بالجز عندى ولم أر فى شئ من ذلك نصا لأصحابنا (فرع) فان كانت الثمرة والصوف حاضرين فقد ذكرنا فى مذهب ابن القاسم انه يرد معها فان تلفا قبل الجز فلا ضمان عليه عند ابن القاسم لأن المبتاع يقبضهما وكذلك مال العبد قبل الانتزاع وان تلف بعد الجد والجز والانتزاع فعلى المبتاع رد ذلك ان عرف قدرهما رد مثلهما بالكيل والوزن والا غرم قيمتهما ولا يجوز أن تترك عنده بحصتهما من الثمن وان كانت أكثر قيمة من المبيع لأنه لا يجوز افراد الثمرة قبل بدو الصلاح بالبيع ولا صوف الغنم قبل الجز بشرط التبقية ولو أبقى ذلك عنده بما يصيبه من الثمن لكان افراداه بالبيع (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب فمتى تكون الثمرة أو الصوف للمبتاع الظاهر من المذهب ان يكون ذلك بالجد أو الجز وهو الذى يتطرق فى أثناء كلامه لأن بذلك يتم قبضه وانفصاله من المبيع (مسئلة) فان كان النماء غير ظاهر حين العقد فانه لا يخلو أن يكون عينا أو منفعة فان كان عينا فانه على ضربين أحدهما أن يكون من جنس المبيع والثانى أن يكون من غير جنسه فان كان من جنسه كالولد فانه يرد من ذلك مع الام ما كان من الحيوان وقال الشافعى لا يرد شئ من ذلك مع الام والدليل على ما نقوله ان هذا نماء من جنس المبيع فلم يجز امساكه مع رد المبيع بالعيب كالسمن (فرع) فان كان ذلك حاضرا رده مع المبيع وان كان أكله رد قيمته وان باعه رد ثمنه رواه ابن المواز عن ابن القاسم وروى عيسى عن ابن القاسم فى الذى يبيع الشاة حاملا فتلد عند المبتاع ويأكل سخلتها انه بالخيار بين أن يردها وقيمة الولد أو يمسكها ويأخذ قيمة العيب قال ووجه ذلك ان قيمة الولد ربما كانت أكثر من قيمة العيب وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة ان المشترى بالخيار بين أن يردها وما نقصتها الولادة لأنها كانت ترجى

* قال مالك فى الرجل يشترى العبد فيؤاجره بالاجارة العظيمة أو الغلة القليلة ثم يجد به عيبا يرد منه انه يرده بذلك العيب وتكون له اجارته وغلته وهذا الأمر الذى كانت عليه الجماعة ببلدنا وذلك لو أن رجلا ابتاع عبدا فبنى له دارا قيمة بنائها ثمن العبد أضعافا ثم وجد به عيبا يرد منه رده ولا يحسب العبد عليه اجارة فيما عمل له فكذلك تكون له اجارته اذا آجره من غيره لانه ضامن له وهذا الأمر عندنا

يومثل ولدها أو يمسكها و يأخذ قيمة العيب ووجه رواية ابن المواز انه نماء من جنس المبيع المعيب فوجب أن يتبعه بالرد بالعيب كالسمن ولا يقتضى هذا القول ان حدوث الولد لا يثبت للمبتاع الخيار في الامساك والرجوع بقيمة العيب ووجه قول ابن القاسم في المدنية ان هذا نماء من جنس المبيع فوجب أن يرده أو يمسك ما اشتراه معيبا فاذا اعتد بذلك النماء ثمنا كان له أن يرد ذلك الثمن مع المعيب أو يمسك المعيب ولا شئ له كما كان له ذلك حال وجود ذلك له فهذا الخيار انما يعود الى الامساك والرد فقط وهذا الخيار الذى ثبت له بوجود العيب وان لم تتعين العين المبيعة ووجه قول ابن كنانة ان الولد من جنس العين كالسمن فيثبت به الخيار ولا يجب أن يرد قيمته كما لا يرد قيمة السمن اذا ذهب ولكنه لما دخل الام النقص بالولادة ثبت له الخيار بين أن يمسك و يرجع بقيمة العيب أو يرد و يرد ما نقصتها الولادة فجعل التأثير للولادة لا للولد (مسئلة) وان كان من غير الجنس كالثمرة التى لم تؤبر حين العقد والصوف الذى يثبت بعد العقد فلا خلاف على المذهب انه لا يرد من ذلك شئ مع الاصل وقال زفر يرد جميع ذلك ووجه ما قلنا انه نماء من غير جنس المبيع فلم يرد بعد الانفصال كأجرة العمل (فرع) ومتى يكون للمبتاع حكى ابن المواز انه ببدو الصلاح يكون للمبتاع و يرد الاصل دونها وان رد الاصل قبل بدو الصلاح فهى مع الاصل للبائع وللمبتاع ما أنفق ووجه ذلك انها تابعة للاصل ما لم يبد صلاحها فاذا بدا صلاحها فقد ثبت لها حكم الانفصال فهى لمن ظهرت على ملكه وهذا عندى مبنى على أن الرد بالعيب نقض للبيع الاول وأما على قول من قال انه نقض للبيع من الاصل فيجب أن يكون للبائع حتى يجده (مسئلة) وأما مال العبد فما كان يوم البيع رد به سيده وكذلك ما وهب له عند المبتاع أو تصدق به عليه أو ربحه فى ماله وأما ما وهبه اياه المبتاع أو أفاد من عمل سيده أو ربحه فى مال دفعه اياه المبتاع فان للمبتاع امساك ذلك كله ووجه ذلك أن ما كان استفاده من جهة المبتاع فهو مبتاع وما صار اليه من غير جهته فهو مضاف الى ماله الذى كان بيده من جهة المبتاع لأن عمله له بالضمان ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا فيمن ابتاع رقيقا فى صفقة واحدة فوجد فى ذلك الرقيق عبدا مسروقا أو وجد بعبد منهم عيبا أنه ينظر فيما وجد مسروقا أو وجد به عيبا فان كان هو وجد ذلك الرقيق أو أكثره ثمنا أو من أجله اشترى وهو الذى فيه الفضل فيما يرى الناس كان ذلك البيع مردودا كله قال وان كان الذى وجد مسروقا أو وجد به العيب من ذلك الرقيق فى الشئ اليسير منه ليس هو وجه ذلك الرقيق ولا من أجله اشترى ولا فيه الفضل فيما يرى الناس رد ذلك الذى وجد به العيب أو وجد مسروقا بعينه بقدر قيمته من الثمن الذى اشترى به أولئك الرقيق ﴾ ش ان من اشترى رقيقا جملة فاستحق واحد منهم أو وجد به عيب فان كان الذى به العيب له معظم الثمن رد بالعيب جميع الجملة وان لم يكن كذلك رده وحده بما يصيبه من الثمن وكذلك فى الاستحقاق إلا أن العيب الذى فيه هل يعتبر لنفسه خاصة أو بجميع الجملة روى ابن المواز عن أشهب ان كان ذلك العيب ينقص الجملة كان له رد ذلك الرأس وحده بالعيب وان كان لا ينقص الجملة لم يرده بالعيب وان كان ينقص أصبعا خاصة واستحسنه ابن المواز ووجه ذلك انه لم يفرد بالبيع فيعتبر العيب فى نفسه خاصة وانما بيع مع الجملة فلا يجوز أن يعتبر العيب به وحده كالعضو (مسئلة) وان استحق بعض الجملة فلا بد أن يكون المستحق جزأ شائعا أو غير شائع فان استحق جزء فلا يخلو أن تنقسم الجملة على ذلك الجزء أو لا تنقسم فان انقسمت الجملة على ذلك الجزء كالمكيل والموزون والمعدود فهو على حسب ما قدمناه من العيب يوجد بالقليل من الجملة أو

* قال مالك الأمر عندنا فيمن ابتاع رقيقا فى صفقة واحدة فوجد فى ذلك الرقيق عبدا مسروقا أو وجد بعبد منهم عيبا أنه ينظر فيما وجد مسروقا أو وجد به عيبا فان كان هو وجد ذلك الرقيق أو أكثره ثمنا أو من أجله اشترى وهو الذى فيه الفضل فيما يرى الناس كان ذلك البيع مردودا كله وان كان ذلك الذى وجد مسروقا أو وجد به العيب من ذلك الرقيق فى الشئ اليسير منه ليس هو وجه ذلك الرقيق ولا من أجله اشترى ولا فيه الفضل فيما يرى الناس رد ذلك الذى وجد به العيب أو وجد مسروقا بعينه بقدر قيمته من الثمن الذى اشترى به أولئك الرقيق

معظمها في التضيير ان كان ذلك الجزء معظم الجملة كان للمبتاع في الاستحقاق امساك الباقي بما يصيبه من الثمن أو رده والرجوع بجميع الثمن وان كان الجزء أقل من الثمن الجلة أو اليسير منها لزمه الباقي بما يصيبه (مسئلة) وان كان الجزء المستحق لا تنقسم عليه الجلة فهو مخير بين أن يمسك الباقي بما يصيبه من الثمن أو برده قل ذلك أو كثر لأنه يدخل عليه مضرة الشركة في آحاد تلك الجلة

(فصل) فان استحق جزء غير شائع فلا بد أن يكون مما الغرض في مبلغه دون اعيانه كالمكيل والموزون والمعدود أو يكون مما الغرض في اعيانه كالثياب والحيوان فان كان مما الغرض في سلعته فلا يخلو أن يكون ذلك المستحق منه مقدار نصفه أو أقل أو أكثر فان كان أكثر من النصف كان له رد الباقي على ما قدمناه وان كان أقل من النصف لزمه الباقي بحصته من الثمن وان كان النصفان سواء فهل يكون له الرد أم لا قال ابن القاسم له الرد وقال أشهب يلزمه النصف الثاني بنصف الثمن وجه ماقاله ابن القاسم ان هذا مما لا غرض في أعيانه وانما الغرض في مبلغه وانما اشترى بجملته فاذا استحق النصف فقد ذهب المقصود منه فثبت له الرد ووجه ماقاله أشهب أن استحقاق نصف المبيع يلزم به النصف الثاني كالعبدين المتكافئين (مسئلة) فان كان مما الغرض في عينه فلا اعتبار بقيمته دون عينه فان استحق بعض آحاد الجلة فلا يخلو أن يكون ما استحق منه النصف أو أكثر أو أقل فان كان استحق ماقيمته النصف فقد قال ابن القاسم في العبدين المتساويين يجد المبتاع بأحدهما عيبا رده وأخذ مايصيبه من الثمن وكذلك الاستحقاق وهو قول أشهب ويلزمه الباقي بنصف الثمن وكذلك ان استحق ماقيمته أقل من النصف فعلى قول ابن القاسم لا يلزمه السالم من هذا النوع حتى تكون قيمته أكثر من النصف ويلزمه في المكيل والموزون اذا كانت قيمته النصف (مسئلة) فان استحق ماقيمته أكثر من النصف فهل يرد الجميع المشهور من المذهب أن له رد الجميع وقال أشهب فيمن اشترى عشر شياه فوجد تسعة أن الواحدة تلزمه بما ينوبها من الثمن فان لم تكن قيمتها تخالف قيم غيرها فهو خلاف المذهب ولعله قد تعلق ذلك بأن ضرورة الشركة منتفية عنها (فرع) فاذا قلنا رد الباقي فهل له الخيار بين الامساك والرد أم لا قال ابن القاسم وأشهب ليس له أخذ الباقي بما يلزمه من الثمن لانه الآن ابتياع بثمن مجهول لان مايصيبه من الثمن مجهول وقال ابن حبيب له ذلك في الاستحقاق والعيب اذا تراضى المتبايعان لان العقد قد كمل على صحة ومعرفة بالثمن فلا اعتبار بجهلهما بالثمن عند الحكم كما لو استحق النصف أو أقل من النصف قال وهذا بخلاف من ابتاع جاريتين فهلكت العليا في المواضعة فانه ليس له أخذ الادون بما يصيبها من الثمن لان البيع لم يكن كمل فيها وهذا الذى قاله ابن حبيب ظاهر ولابن القاسم وأشهب مسائل تقتضيه لانه لا خلاف في المذهب ان من ابتاع جارية فحدث بها عنده عيب مفسد ثم اطلع على عيب قديم انه بالخيار بين أن يمسكها ويسقط عنه قدر العيب من ثمن الجارية وبين أن يردها وقيمة العيب الحادث عنده فاذا اختار الامساك فقد أمسكها بثمن مجهول ولم يمنع ذلك صحة العقد (مسئلة) وسواء قوبلت الجلة بثمن واحد أو قوبل كل عين منها بثمن مسمى فانه ينظر الى قيمتها ولا يعتبر بتلك التسمية لان التسمية حين العقد لا تشاح فيما يزيده في أثمان بعضها وينقصه من سائرها وأما حين الرد بالعيب فيجب أن يتحرى في قيمتها (مسئلة) وحكم هذه المسائل كلها في الرد بالعيب على حسب ماذكرناه في الاستحقاق الا أن يجد ببعض الجلة عيبا والمبيع مما الغرض في معيبه فان أراد أن يأخذ المبتاع السليم بحصة من الثمن لم يكن له ذلك الا برضا البائع فان شاء البائع أن يلزمه ذلك وأبى هو لزمه اذا كان العيب قليلا ولم يلزمه اذا كان كثيرا وان

كان الغرض فى أعيان المبيع وكان العيب بأقله فان للمبتاع أخذ السليم بحصته من الثمن وان كره ذلك البائع ووجه ذلك ان المكيل والموزون الغرض فى مبلغه فيحمل سالمه معيبه فنى أخذ السليم دون المعيب اضرار بالبائع وما كان الغرض فى أعيانه كالرقيق والثياب فانه لا يقصد منه الكثير ولا يراد منه الاعيان فلا مضرة عليه فى اقراره السليم بما يصيبه من الثمن

﴿ ما يفعل بالوليدة اذا بيعت والشرط فيها ﴾

﴿ ما يفعل بالوليدة اذا بيعت والشرط فيها ﴾
* حدثنى يحيى أن مالك عن ابن شهاب أن عبيد الله بن عتبة بن مسعود أخبره أن عبد الله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية واشترطت عليه انك ان بعتها فهى لى بالثمن الذى تبيعها به فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال عمر بن الخطاب لا تقربها وفيها شرط لأحد

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب ان عبيد الله بن عتبة بن مسعود أخبره ان عبد الله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه انك ان بعتها فهى لى بالثمن الذى تبيعها به فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال عمر بن الخطاب لا تقربها وفيها شرط لاحد ﴾ ش ظاهر قوله وشرطت عليه انك ان بعتها فهى لى بالثمن يقتضى ان ذلك كان فى نفس العقد على وجه الشرط ولم يكن على وجه التطوع منه بعد كمال العقد وهذا يسميه العلماء الثنيا ويسمون البيع المنعقد بهذا الشرط بيع الثنيا وهو بيع فاسد مع النقد لان الثنيا فى البيع لا تخلو أن تكون غير مؤقتة أو مؤقتة فان كانت غير مؤقتة مثل أن يقول له المبتاع متى جئت بالثمن رددت عليك المبيع أو يقول له متى أردت بيعها رددتها عليك بالثمن الذى أعطى بها أو بالثمن الذى اشتريتها به فهذا كله غير جائز والأصل فى ذلك ما روى أبو الزبير عن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة والمزابنة ورخص فى العرايا ومن جهة المعنى ان البائع يقبض الثمن من المبتاع على وجه البيع ثم يرده اليه متى شاء فيكون تارة مبيعا وتارة سلفا علل ابن القاسم بهذا وعلل سحنون بأنه سلف يجر منفعة وذلك انه يسلفه الثمن لينتفع هو باستغلال المبيع وقد يعترض على التعليلين ان فى البيع والسلف يتميز السلف من الثمن وذلك معدوم فى مسئلتنا ولو قال يكون تارة بيعا وتارة سلفا لكان أقرب ولعل ابن القاسم قد أراد ذلك وما قاله سحنون انه سلف جر منفعة فيه نظر أيضا لان السلف يرد على كل حال وهذا للبائع أن لا يرتجع فلا يكون سلفا وله أن يرتجع فيكون سلفا والفرق بين التعليلين ان البيع والسلف من اشتراط السلف أن يتركه ويجوز البيع قبل الغيب على السلف ولم يجوز ذلك سحنون فى هذه المسئلة منع أن يكون بيعا وسلفا وقال هو سلف يجر منفعة والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان هذا فى الاقالة وذلك أن يسئل المبتاع البائع أن يقيله فيقول البائع أقيلك على أنك ان أردت بيعه فأنا أولى به بالثمن فيقيله على ذلك ثم يبيعه المبتاع روى أشهب عن مالك ان المقيل أحق بالثمن الذى باعه به المقال ولا تفسخ الاولى وجه ذلك ان الاقالة باب من المعروف يخالف البيع الذى هو مبنى على المكايسة والمغابنة ولو شرط اذا أقاله أن يكون له بالثمن الاول فروى سحنون عن ابن القاسم انه ان علم به انتقال البيع فبيعه مردود وان لم يكن كذلك وطال فبيع المستقيل نافذ كالذى سأل زوجته وضع صداقها فقالت أخاف الطلاق فقال لا أفعل فوضعته ثم طلقها فان كان بقرب ذلك فلها الرجوع وان كان بعد طول الزمان بما لا يتهم فيه أن يكون خدعها فلا رجوع لها * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وجه هذا عندى أن المسئلة مبنية عنده على أن الاقالة فسخ وليست بعقد بيع ولذلك احتج عليها بالطلاق الذى ليس بتمليك وانما هو ازالة ملك فلا يؤثر فيه ما لا يصح من الشروط وعلى قولنا بأن الاقالة بيع من البيوع يفسدها ما يفسد البيوع ويصححها ما يصحح البيوع وعلى حسب ما قاله ابن القاسم فى غير موضع يجب أن لا تصح الاقالة

ويفسدها هذا الشرط لانه يمنع المقال من صحة ملك انتقل اليه بالاقالة (مسئلة) وأما اذا ضرب الى ذلك أجل أو نقد الثمن فقال ان جئتنى الى أجل كذا وكذا فهو لك رد عليك فهذا أيضا لا يجوز ويدخله ما يدخل غير المؤجل من البيع والسلف فان نقده الثمن فقال ان لم تأت به الى وقت كذا وكذا فقد وجب البيع فجاءه بعد ذلك البائع ثبت البيع وقال ابن القاسم صار البيع جائزا وقد كان حراما وقال محمد وكذا اذا رضى المشترى وقد فسخنا الأول ولعله رآه من بيع الشروط التى ان ترك الشرط مشترطه مضى البيع لقول ابن القاسم قد كان البيع حراما يدل على فساد العقد الاول لأن نقده ثمنا على أنه ان رد المبيع كان سلفا وان أمضاه كان بيعا ثم تأول ابن المواز اجازته له بعد ذلك واحتمل عنده وجهين أحدهما أن يكون هذا الشرط يجوز أن يسقط من شرطه ليصح العقد كالسلف والبيع وهذا لا يصح الا أن لا يغاب على الثمن حتى يسقط عند ابن القاسم والوجه الثانى أن يكون قد فسخنا العقد الأول وسنذكر حكمه بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما ان تطوع المبتاع بعد كمال العقد وملكه للبيع فقال أصبغ اذا سلما من مداهنة أومواعدة فذلك جائز ضرب بالذلك أجلا أو لم يضرب باه الافى الاماء لما يعذر فيه من اعارة الفرج فان أطلق ذلك أو ضرب له أجلا بعيدا لم يصح ولم يلزم هذا الشرط الا أن يدرك ذلك المشروط بحرارة الأمر لعله يريد عنده قوله ذلك وقبل أن يغيب عليها و يمكنه وطؤها فان ضرب الذلك أجلا أقرب من مدة خروجها من الاستبراء فذلك لازم لانه قد سلم مما خفناه و يجب أن يلحق بذلك من لا يجوز للمبتاع وطؤه من ذوات محارمه من الاماء (فرع) اذا ثبت ذلك فلا يخلو فيما تطوع فيه بالثنيا من أن يضرب له أجلا أو لا يضرب له أجلا فان ضرب له أجلا فليس له أن يحدث فيه شيأ يقطع به ذلك الى منتهى الأجل وان لم يضرب لذلك أجلا فلمن جعل له ذلك القيام بالثنيا متى كانت فى ملك الذى جعلها له وان خرجت عن ملكه سقط ذلك ووجه ذلك ان الثنيا انما هى على وجه المعروف والاطلاق فى ذلك لا يتعذر ولا يجوز أن يمنع المالك من التصرف التام فاذا أدامه عنده كان له ثنيا وان خرج عن ملكه لم يكن له ابطال تصرفه فيه بالبيع أو الهبة

(فصل) وسؤال ابن مسعود عمر بن الخطاب رضى الله عنهما عن هذه القضية وهو من أهل العلم والاجتهاد يحتمل معانى احداها أن يكون خفى عليه حكمها وأراد أن يقلده فيها على رأى من رأى أن للعالم أن يقلد من هو أعلم منه و يحتمل أن يكون أراد أن يبين له وجها حتى يعلم عبد الله بن مسعود حكمها بالدليل الذى يرشده اليه ويحتمل أن يسأله عن ذلك مع معرفته بحكمها ليعلم موافقته له فيها أو مخالفته

(فصل) وقول عمر لا تقربها وفيها شرط لأحد قال أبو مصعب فى المبسوط معنى ذلك لا تبتعها وفيها شرط لاحد ومعنى ذلك لا تشترها بهذا الشرط وهذا يقتضى منعه من هذا الابتياع لفساده ورواه عن مالك و يحتمل عندى أن يريد به لا تقربها فى الوطء مع بقاء هذا الشرط فيها و يكون حكم العقد فى الفساد والصحة مسكوتا عنه ص ❊ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول لا يطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء وهبها وان شاء أمسكها وان شاء صنع بها ما شاء ❊ ش قوله رضى الله عنه لا يطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء وهبها منع من وطئها الا مع هذه الشروط وهذا يقتضى أن كل بيع لا يشبه هذه الشروط فاسد لان ملك اليمين يبيح الوطء ان لم يمنع من ذلك مانع بحرمة أو غيرها فان لم يبح ذلك بوجه لم يكن ملكا تاما ووجه فساد العقد ان ما يشترط

❊ وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لا يطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء وهبها وان شاء أمسكها وان شاء صنع بها ما شاء

البائع على المشترى فى البيع على ضربين أحدهما لا يقع الا بعد انقضاء ملك المبتاع للمبتاع كبيع العبد أو الأمة واشتراط الولاء فقبل هذا الشرط لا يثبت ولا يفسد العقد لانه قد سلم فيه الملك من حق البائع فلم يؤثر فسادا فى البيع وشرط عليه مالا يملكه المبتاع فلا يثبت الشرط (مسئلة) والثانى أن يشترط عليه فى البيع ما يقع فى مدة ملك المبتاع للمبيع وذلك على ثلاثة أضرب أحدها أن يشترط البائع فى المبيع منفعة لنفسه والثانى أن يشترط على المبتاع ايقاع معنى فى المبيع والثالث أن يشترط عليه منعا من تصرف عام أو خاص فأما اذا اشترط منفعة فى المبيع فمثل أن يبيع دارا ويشترط سكناها أو دابة ويشترط ركوبها أو غلاما ويشترط خدمته أو ثوبا ويشترط لبسه وسيأتى ذكره ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما الضرب الثانى وهو أن يشترط المبتاع ايقاع معنى فى المبيع فعلى وجهين أحدهما أن يشترط ايقاع معنى من معانى البر والثانى أن يشترط ما ليس برا فأما الأول مثل أن يشترط عليه فى العبد العتق أو التدبير أو فى الأمة الاستيلاد فان ذلك ينقسم على قسمين أحدهما أن يشترط عليه من ذلك ما يتعجل مقصوده كالعتق المعجل والقسم الثانى أن يشترط عليه ما يتأجل مقصوده كالاستيلاد والتدبير والعتق المؤجل والكتابة فأما اشتراط العتق المعجل وما يتعجل مقصوده باثر العقد فهو جائز لبعده عن الغرر وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يجوز بيع الرقيق بشرط العتق والدليل على ما نقوله ان هذا بيع يجب به العتق فلم يمنع ذلك صحة البيع كبيع الآبق من أبيه (مسئلة) فاذا ثبت ذلك فان أراد المبتاع التمسك بالعبد وامتنع من انفاذ العتق فاختلف أصحابنا فى ذلك فقال أشهب يجبر على العتق وقاله ابن كنانة فى المدنية وزاد ولو رضى البائع بذلك لم يكن له ذلك ولم ينتفع بقول البائع فى هذا ويعتق عليه قال ابن القاسم ان كان اشتراه على ايجاب العتق فهو حر وان كان اشتراه من غير ايجاب عتق لم يجبر على عتقه وجه ما قاله أشهب قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وهذا قد عوقد على العتق فهو مأمور بان يفى به ومن جهة المعنى أن هذا شرط جائز اشترطه البائع فى المبيع فلم يكن للمبتاع نقضه كما لو شرط فيه استخدام يوم أو يومين ووجه قول ابن القاسم ان العتق ليس بحق للبائع فليس له الخيار على ابتداء ايقاعه كما لو لم يشترط ذلك (فرع) والايجاب عند ابن القاسم أن يقول ان اشتريته منك حر وان لم يقل ذلك وانما شرط أن يستأنف عتقه بعد كمال ملكه فليس بايجاب فاذا قلنا فى ذلك برواية ابن القاسم فان شح البائع فوجد العبد لم يفت كان بالخيار بين أن يمضيه للمبتاع دون شرط وبين أن ينقض البيع وقد تقدم من قول ابن كنانة ليس للبائع ترك العتق وان كان قد فات فله الرجوع عليه بما وضع له من الثمن بسبب الشرط * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى هذا عندى أن يقوم بهذا الشرط ويقوم دونه ويرجع من الثمن بما بين القيمتين وبما ذكر يفوت هذا العبد قال ابن القاسم تفيته حوالة الأسواق بما زاد وقال أصبغ لا تفيته حوالة الأسواق ولا التغير اليسير فى البدن (مسئلة) وأما ما يتأجل مقصوده كالتدبير والوصية بعتقه أو الكتابة فان الشرط يبطل ويبطل العقد ما لم يفت ووجه ذلك انه أجل المقصود من المستثنى فى العبد الى أجل بعيد فوجب أن يبطل البيع كما لو شرط أن يستخدمه يوما بعد عام

(فصل) وأما ان شرط على المبتاع ايقاع ما ليس ببر مثل أن يشترط عليه بيعها أو اخروج بها الى بلد معين أو يشترط عليه المنع من التصرف فيها مثل أن يشترط عليه أن لا يبيعها أو لا يهبها ولا يتصدق بها ولا يشترى أو لا يستخدم خدمة معينة فهذا كله لا يجوز فان وقع فقد روى محمد عن مالك يبطل

البيع الا أن يترك المشترط ماشرط وروى ابن نافع عن مالك ليس له اسقاط الشرط ويفسخ العقد مالم يفت وروى داود بن جعفر عن مالك فى المدنية لايجوز ذلك فى شئ من السلع لما يحدث فى ذلك من الدين والحاجة تنزل بالمبتاع ووجه ذلك ماقدمناه فلذلك كان عبد الله بن عمر يقول لايطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء أمسكها وان شاء وهبها الا انه اذا لم يكن له التصرف فيها بذلك كله فلكه عليها غير صحيح فلا يحل له وطؤها بملك اليمين الا انه اذا لزمته القيمة فيها بالفوات جاز له وطؤها حينئذ لانه قد تقرر ملكه عليها فان وطئها قبل أن تفوت عنده ويصح ملكه عليها كان ذلك فوتا للبيع الفاسد على ماسنذكره بعد هذا ان شاء الله (مسئلة) ومن ابتاع جارية فقال له أبو الجارية ابتعها وأنا أعينك فى ثمنها بكذا وكذا دينارا على أن تحبسها ولا تبيعها فأخذ ذلك من أبيها ثم ابتاعها على هذا الشرط فان البيع قد سلم مما يكره وان أراد أن يبيعها رد على أبيها ما أخذ منه قاله ابن كنانة فى المدنية ورواه عيسى عن ابن القاسم ص ﴿ قال مالك فيمن اشترى جارية على شرط أن لايبيعها ولا يهبها أو ما أشبه ذلك من الشروط فانه لاينبغى للمشترى أن يطأها وذلك انه لايجوز له أن يبيعها ولا أن يهبها فان كان لايملك منها ذلك فلم يملكها ملكا تاما لانه قد استثنى عليه فيها ماملكه بيد غيره فاذا دخل هذا الشرط لم يصلح وكان بيعا مكروها ﴾ ش وهذا كما قال ان من ابتاع جارية على شرط من هذه الشروط فان ملكه لم يتم فيها والبيع مقتضاه الملك التام فاذا شرط عليه فيه مايمنعه صحة الملك وجب أن يفسده كاشتراط عدم التسليم ولا يلزم على هذا العتق فان العتق اذا كان معجلا لم يكن له الوطء وان كان مؤجلا لم يجز العقد وقد تقدم بسط القول فى ذلك كله (مسئلة) وهذا ان شرط أن لايبيعها جملة وأما ان شرط أن لايبيعها ولا يهب ولا يعتق حتى يعطيه الثمن فقد روى داود عن مالك فى المدنية أن ذلك جائز فى العبد والوليدة وسائر السلع وله أن يرتهن الغلام أو السلعة ويحوزها بما يحاز به المرهون على يدى عدل وروى ابن المواز عن مالك جواز ذلك فى السلع وقال محمد وهذا فى مثل الأجل القصير اليوم واليومين استحسان أيضا وأما ماطال أو الى غير أجل فلا خير فيه وروى ابن أبى زمنين عن على بن زياد عن مالك لابأس بذلك فى العبد والأمة والوليدة وسائر السلع اذا كان الثمن الى أجل معلوم لانه بمنزلة الرهن وقال ابن القاسم فى الموازية اذا اشترط فى شئ من السلع أن لايبيع ولا يهب حتى يقبض الثمن فلا خير فى هذا البيع وجه قول مالك ما احتج به من أن لها حكم الرهن اذا جاز له أن يرتهن غير المبيع جاز أن يرتهن المبيع مع أن المبتاع قادر على التصرف فيها بأن يقضى الثمن ووجه آخر ان هذا بيع فجاز للبائع أن يمنع المبتاع من المبيع حتى يدفع اليه الثمن كبيع النقد ووجه قول ابن القاسم انه شرط يمنع المبتاع من التصرف فى المبيع المدة البعيدة التى لايجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب أن يمنع ذلك صحة البيع كما لو شرط ذلك بعد الانتفاء (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فقد روى داود بن دينار عن مالك أن للمبيع حكم الرهن وللبائع أن يرتهن الغلام أو السلعة ويحوزها بما يحاز به المرهون على يدى عدل وان قلنا بقول ابن القاسم ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن شرط ذلك فى بيع سفينة يفسخ البيع مالم يفت فان فات مضى البيع ولم يرد

(فصل) وقوله لايجوز له أن يبيعها ولا يهبها يحتمل أن يكون مبنيا على أن البيع الصحيح لايفيت البيع الفاسد ويحتمل أن يريد أن الشرط يمنع من ذلك فهو ممنوع الا انه ان أوقعه فات به البيع كوطء الأمة

* قال مالك فيمن اشترى جارية على شرط أن لا يبيعها ولا يهبها أو ما أشبه ذلك من الشروط فانه لا ينبغى للمشترى أن يطأها وذلك أنه لايجوز له أن يبيعها ولا أن يهبها فان كان لا يملك ذلك منها فلم يملكها ملكا تاما لانه قد استثنى عليه فيها ماملكه بيد غيره فاذا دخل هذا الشرط لم يصلح وكان بيعا مكروها

﴿ النهي عن أن يطأ الرجل وليدة ولها زوج ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب أن عبد الله بن عمر أهدى لعثمان بن عفان جارية ولها زوج ابتاعها بالبصرة فقال عثمان لا أقربها حتى يفارقها زوجها فأرضى ابن عمر زوجها ففارقها ﴾ ش قوله أن عثمان رضي الله عنه قال لا أقربها حتى يفارقها زوجها يريد أن استباحة الوطء بالنكاح مقدم على استباحته بملك اليمين لان الوطء مقصود النكاح ومقتضاه ولذلك لا يجوز أن ينعقد على من لا يستباح وطؤها وليس كذلك ملك اليمين فان الوطء مقصوده ولذلك يجوز أن يملك من لا يحل له وطؤها ولذلك من كانت له أمة لها زوج لم يحل له وطؤها لان الزوج املك باستباحة بضعها فحرمت على السيد

(فصل) وقوله ابتاعها بالبصرة ظاهره أنه انما ابتاعها ذات زوج ويحتمل أن تكون ذات زوج حين الهدية وانها حين البيع لم تكن ذات زوج غير ان اللفظ في المعنى الاول أظهر وذلك يقتضي ان بيع الأمة لا يكون طلاقا وعلى هذا جماعة الفقهاء الاما يروون عن عبد الله بن عباس انه قال بيع الأمة طلاق

(فصل) وقوله فارضى ابن عمر زوجها ففارقها يقتضي ان السيد لا يملك فسخ نكاحها لان الزوج قد ملك بضعها وسواء كان السيد هو العاقد أو غيره وانما أراد ابن عمر بمفارقة الزوج لها ان يستبيحها عثمان وذلك لا يكون الا بعد مفارقة الزوج لها وانقضاء عدتها منه فارضاه بمال أعطاه اياه أو غيره على ان فارقها لان عصمة الزوج لا تزول عنها الا بوفاة أو طلاق أو فسخ وقد ذكرنا كل نوع من ذلك في كتاب العدة بما يغني عن اعادته الا انا نذكر منه هنا ما يتعلق بالاستبراء الذي يبيحها للسيد وذلك ان عدة الأمة في وفاة زوجها شهران وخمس ليال تتخللها حيضة فان كانت عند السيد المبتاع لها من أول العدة أجزأه ذلك من استبرائها وان اشتراها في أثناء العدة فاستبراؤها أقصى الأجلين الحيضة أو انقضاء الأيام (فرع) وأما اذا ثبت ذلك وكانت براءتها في حقه الحيض أو بدله لمن تأخر حيضها على ما تقدم وذلك لمن ارتفع حيضها ثلاثة أشهر أو تسعة أشهر على الروايتين في ذلك ويعتد بهما من يوم الشراء ويدخل فيهما شهران وخمس ليال (مسئلة) وأما الطلاق فلا يخلو أن يكون باعها غير زوجها أو يكون باعها زوجها فان كان باعها غير زوجها وقد طلقها الزوج فان كانت بقيت جميع عدتها وهي حيضتان فلا يستبيحها الذي اشتراها حتى تحيضهما لان ذلك حق الزوج وان كانت بقيت حيضة واحدة استباحها السيد بوجودها لان في ذلك تمام عدة الزوج واستبراء المشتري (مسئلة) فان كان البائع هو الزوج فلا يخلو أن يكون أصابها بملك النكاح أولا أو لم يصبها فان كان أصابها بملك النكاح ثم استبرأها ثم باعها قبل أن يصيبها بملك اليمين فالعدة فيها من وقت الشراء لان النكاح انفسخ بعقد الشراء وكم عدتها عن مالك في ذلك روايتان فالمشهور ان عدتها حيضتان وروى عنه حيضة واحدة والاول أصح لان عقد الملك يؤثر في عقد النكاح ولا يؤثر في الاصابة وانما يؤثر فيه ويزيل حكمه الاصابة بملك اليمين (فرع) واذا قلنا ان عدتها حيضتان فان كان المشتري من الزوج اشتراها قبل أن تحيض الحيضتين أو بعدما حاضت احداهما ففي الحيضة الثانية ما ينقضي به استبراؤه لها (مسئلة) فان أصابها بملك اليمين ثم باعها فقد بطل حكم النكاح وصار حكمها حكم الاماء الاستبراء في حق البائع والمشتري (مسئلة) فاما وضع الحمل فانه يكمل به الاستبراء وعدة الوفاة

﴿ النهي عن أن يطأ الرجل وليدة ولها زوج ﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب أن عبد الله ابن عمر أهدى لعثمان بن عفان جارية ولها زوج ابتاعها بالبصرة فقال عثمان لا أقربها حتى يفارقها زوجها فارضى ابن عمر زوجها ففارقها

والطلاق لا يترقب شئ عنده لان الاستبراء بالحيض والشهور انما هو من أجل توقع الحمل فاذا ظهر الحمل فلا براءة الا بوضعه فاذا وضعته لم يتوقع غيره لانه قد تيقن بوضعه البراءة من غيره ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ان عبد الرحمن بن عوف ابتاع وليدة فوجدها ذات زوج فردها ﴾ ش قوله انه وجد الأمة ذات زوج فردها يقتضى أن ذلك عيب فيها وقد تقدم ذكره وادخال مالك رحمه الله هذا الحديث في هذا الباب بمعنى ان الزوج يمنع السيد من الوطء وهو من بعض العيوب التي يؤثر فيها الزوج

﴿ ماجاء في ثمر المال يباع أصله ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترط المبتاع نهى البائع والمشترى ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم من باع نخلا قد أبرت التأبير في النخل هو التلقيح قال صاحب العين أبرت النخل أو برها أبرا وأبرتها القحتها وقال الخليل الأبر لقاح النخل يقال أبرها أبرا اذا لقحها والتلقيح أن يؤخذ طلع ذكر النخل فيعلق بين طلع الاناث وقال ابن حبيب التأبير أن يشق الطلع عن الثمرة وقال مالك قال الله تعالى وأرسلنا الرياح لواقح فاذا تم اللقاح فسقط ما سقط وثبت ما ثبت فحينئذ تكون الثمرة للبائع باطلاق العقد والتأبير على هذا اصلاحها اللقاح فاذا القحت وانعقد النور فيها فيما ينور فقد تم اللقاح وثبت حكم التأبير واذا اشتق طلع قبل ابانه فتأخر تأبيره وقد أبر عنده ممن حاله مثل حاله فحكمه حكم ما أبر (مسئلة) وما عدا النخل من سائر الأشجار فالتأبير فيه ما قدمناه ذكره وفي التين وما لا زمن له أن تبرز جميع الثمرة عن موضعها ظاهرة وتتميز عن أصلها فهذا بمنزلة التأبير فيها لانه حينئذ يظهر ويتبين حاله وكثرته وقلته والتأبير في النخل التي لا تؤبر أن تبلغ مبلغ الابار في غيرها وأما الزرع فاباره أن يفرك في رواية ابن القاسم وروى عنه أشهب ان اباره ظهوره من الارض وجه رواية ابن القاسم ان الثمر هو الحب فوجب أن يكون ابارها بذهاب زهرها وانعقادها ووجه رواية أشهب ان الأصل هو الارض والذي ينفصل منه هو الزرع فوجب أن ينفصل عنه في البيع بالظهور كالثمرة مع الشجر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فثمرتها للبائع يريد انها بمطلق العقد تكون للبائع وقال ابن أبي ليلى هي للمشترى والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع ومن جهة القياس ان هذا ظاهر متميز فلم يتبع الأصل بمطلق العقد كالجنين بعد الولادة (مسئلة) اذا ثبت انها للبائع بمطلق العقد فليس للمشترى اجباره على نقل ثمرته قبل أوان جدادها وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة له ذلك والدليل على ما نقوله ان هذا استحقاق بجدد على أرض فيها زرع للمستحق عليه فلم يجبر على نقله قبل أوانه كالشفعة (مسئلة) فان أبر بعضه دون بعض فلا يخلو أن يكونا متساويين أو يكون أحدهما أكثر فان كانا متساويين فقد قال مالك ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمبتاع وقال محمد بن دينار ما أبر تبع ما لم يؤبر وذلك كله للمبتاع وقال سحنون في العتبية عن ابن القاسم يقال للبائع اما ان تسلم جميع الثمرة والا فسخ البيع وان رضى المبتاع بالنصف وجه قول مالك ان النخل مما يمكن تبعيضه وانما كل شئ من ذلك متميز وقد تساويا فلم يكن أحدهما تبعا للآخر فكان لكل قسم حكم نفسه ووجه القول الثاني ان كان قاله في المتميز أن فضل الثمرة ومعرفة تساويهما أمر يبعد فوجب أن يكون ما يجوز استثناؤه تبعا لما لا يجوز استثناؤه (مسئلة) وهذا اذا أبر بعض

وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ان عبد الرحمن بن عوف ابتاع وليدة فوجدها ذات زوج فردها

﴿ ماجاء في ثمر المال يباع أصله ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد ابرت فثمرها للبائع الا أن يشترط المبتاع نهى البائع والمشترى

النخل وبقي بعضها لم يؤبر فأما اذا كانت النخل في حين تأبيرها وكان بعض ثمرتها قد كمل ذلك فيها وبعضها لم يكمل وكان في سائر الثمار فظهر بعض الثمرة وبعضها لم يظهر فروى ابن حبيب ان ذلك للبائع وروى ابن المواز أن ذلك لا يجوز الا أن يشترط الثمرة المبتاع وجه رواية ابن حبيب ان هذا معنى ينقل حكم الثمرة في جواز فصلها عن الأصل بالبيع فوجب أن يكون ظهور بعضه كظهور جميعه في ذلك الحكم أصله الازهاء ووجه رواية ابن المواز انه اذا كان ما لم يؤبر حكم يخالف حكم ما أبر وكانا متساويين ولم يكن أحدهما تبعا للآخر لم يجز في ذلك مطلق العقد لانه لا يتميز به حق المبتاع من حق البائع ولا يجوز أن يشترط البائع نصيب المبتاع لانه لا يجوز أن يشترطه البائع ما لم يؤبر فلم يبق الا أن يشترط نصيب البائع لانه مما يجوز أن يشترط (مسئلة) فان كان أحد الأمرين أكثر فعن مالك في ذلك روايتان احداهما ان القليل تبع للكثير والثانية انه بمنزلة التساوي

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الا أن يشترطها المبتاع يريد فلا يكون حينئذ للمبتاع بمقتضى الشرط ولا نعلم في جواز ذلك خلافا فاذا ابتاعها بغير الطعام والشراب فان ابتاعها بطعام أو شراب فالمشهور من المذهب أن ذلك لا يجوز أبرت الثمرة أم لم تؤبر الا أن يجدها قبل أن يفترقا قال محمد بن مسلمة في المبسوط ان ذلك جائز أبرت أم لم تؤبر ما لم يبتدئ صلاحها وجه القول الأول ان هذا طعام بطعام غير متنجز القبض وانما راعى في فساد العقد ما يؤول اليه لا ما هو عليه حين العقد يدل على ذلك أن من اشترى قصيلا لحصده قبل أن يصير فيه الحب صح شراؤه وأما ان أبقاه حتى صار حبا فسد فيه البيع وروعي فيه المآل ولو روعي فيه ما كان عليه يوم العقد لصح البيع ولم يفسد لانه لم يكن يوم شرائه الا قصيلا أو عشبا ووجه القول الثاني ما احتج به محمد بن مسلمة ان الطلع بمنزلة جمار النخلة ما لم تؤبر فاذا أبرت فداخل في عموم قوله فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع ولم يفرق بين ابتياعها بطعام أو غيره (مسئلة) وان اشترط من الثمرة المأبورة أقل من قدر ما اشتراه من النخل مثل أن يشتري منه جميع النخل ويشترط نصف ثمرتها فقد قال مالك لا يجوز ذلك في الثمرة ولا في مال العبد وحلية السيف وروى سحنون عن أشهب جوازه في ثمرة النخل ومال العبد وجه قول مالك انه انما يجوز استثناؤه على وجه التبع وأما أن يكون مقصودا فذلك غير جائز واذا استثنى بعض ذلك علم ان الثمرة مقصودة بالعقد فلحقتها المغابنة والمكايسة ووجه قول أشهب ان ما جاز أن يشترط جميعه في العقد جاز أن يشترط بعضه كأصل آخر (مسئلة) فان لم يشترطه في حين العقد ثم أراد أن يلحقه بالعقد فقد اختلف أصحابنا فيه فروى أشهب عن مالك أن ذلك جائز في مال العبد وثمرة النخل ورواه عنه ابن القاسم وروى أشهب عنه أيضا انه لا يجوز فيهما وبه قال المخزومي وابن دينار وأجازه أشهب في الثمرة دون مال العبد ورواه أيضا عن مالك فأما اجازة ذلك بعد العقد فانه مبني على ان ما بعد العقد يلحق بالعقد وهذه المسئلة جائزة وان قلنا انه لا يلحق بالعقد فيجب أن لا تجوز هذه المسئلة ووجه التفرقة بين مال العبد وثمرة الشجرة على رأي أشهب ان مال العبد ينتقل بكمال العقد فيه دون شرط الى ماله لا يجوز استثناؤه عليها في أصل العقد لانه ينتقل الى ملك البائع والثمرة باقية على الحالة التي كان يجوز اشتراطها للمبتاع مع الأصل فلذلك جاز له أن يلحقها بالعقد (مسئلة) فان اشترى الأصل والثمرة في صفقة واحدة ثم استحق الأصل فقد قال ابن حبيب ان كان ذلك في زرع فاستحقت الأرض فسخ البيع ما لم يستحصد الزرع ولو استحصد قبل الاستحقاق تم فيه البيع وهو للمبتاع وكذلك الثمرة في استحقاق الأجل ووجه ذلك عندي والله أعلم انه لم يمض على هذه الثمرة وقت وهي

فيه بصورة ما يفسد فيه البيع لانها كانت قبل بدو صلاحها بصورة ما يجوز بيعه لاعتقاد المتبايعين أنها تبع للاصل الذى بيعت معه فلما بدا صلاحها كانت بصفة ما يصح افراده بالبيع فلم يفسد معها استحقاق الأصل وافرادها منه ولو استحق الأصل قبل بدو صلاح الثمرة لفسد البيع فيها لانفرادها عن الاصل واستحالة البيع فيها على ذلك الوجه واعاذلك لان الاستحقاق يتناول الاصل دونها والله أعلم (مسئلة) فان أفرد الثمرة بالشراء على الجذ ثم اشترى الاصل بعد ذلك فان له أن يترك الثمرة فى الاصل حتى يبدو صلاحها ووجه ذلك انه ملك الاصل والثمرة جميعا على وجه صحيح سائغ فكانت له التبقية كما لو ملكهما فى عقد واحد ولو اشترى الزرع على الحصاد ثم اكترى الاصل لم يجز له أن يقر الزرع حتى يبدو صلاحه لانه لم يملك فلا تسقط المخارصة بتلف الزرع وهو المعنى الذى من أجله منع من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع كثرة الغرر وتكرر الجوائح والجهل بصفة المبيع حين القبض (مسئلة) ولو اشترى الثمرة على التبقية ثم اشترى الاصل لم يكن له أن يبقيها لان العقد على الثمرة وقع فاسدا ولو ورث الارض بعد ذلك جازت له التبقية قال مالك ووجه ذلك ان الثمرة اذا فسخ البيع ردت اليه بحق الميراث

(فصل) فان كانت الثمرة غير مأبورة فانها بطلق العقد للمبتاع وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هى للبائع والدليل على ما نقوله ان الثمرة قبل الابار مستكنة فى البيع من أصل الخلقة فكانت تبعا للاصل فى البيع كالحمل فى البطن واللبن فى الضرع (مسئلة) ولا يجوز أن يكون للبائع بالشرط خلافا لأبى حنيفة والشافعي والدليل على صحة ما نقوله ان هذا كامن لظهوره عادة فلم يكن للبائع بالشرط كالجنين

﴿ النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ﴾

﴿ النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ﴾ * حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشترى

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشترى ﴾ ش معناه حتى تزهى ومعنى الازهاء فى ثمرة النخل أن تبدو فيها الحمرة أو الصفرة وهو النضج وبدو الصلاح وبذلك يجوم من العاهة وذلك كله بعد ان تطلع الثريا طلوع الفجر فى النصف الآخر من شهر مايه بالاعجمى قال ابن حبيب لثمرة النخل سبع درجات الطلع ثم ينفتح الزهر عنه ويبيض فيكون اغريضا ثم يذهب عنه بياض الاغريض ويعظم حبه وتعلوه خضرة ثم يكون بلحا ثم تعلو الخضرة حمرة فيكون زهوا ثم يصفر صفرة فيكون بسرا ثم تعلو الصفرة كدرة وتنضج الثمرة فتكون رطبا ثم تيبس وتكون تمرا وبدو صلاح التين أن يطيب وتوجد فيه الحلاوة ويظهر السواد فى أسوده والبياض فى أبيضه وكذلك العنب الاسود بدو صلاحه أن ينحو الى السواد وأ ـ ينحو أبيضه الى البياض مع النضج وكذلك الزيتون بدو صلاحه أن ينحو الى السواد وبدو صلاح القثاء أن تنعقد وتبلغ القثاء منه مبلغا يوجد له طعم وكذلك الفقوس قال ابن حبيب وأما البطيخ فليس بدو صلاحه الا اذا نحا ناحية الاصفرار والطياب وروى فى العتبية عن أصبغ عن أشهب بدو صلاح البطيخ أن يؤكل فقوسا قال أصبغ فقوسا قد تهيأ للتبطخ وأما الصغار فلا وجه قول ابن حبيب ان بدو الصلاح فيه اتماه وعلى وجه ما يؤكل عليه ويوجد فيه الغرض المقصود منه ووجه ما قاله أشهب ان هذا بدو صلاح يؤكل عليه غالبا فاشبه بدو صلاح القثاء (مسئلة) وأما الموز ففى العتبية من رواية أشهب وابن نافع عن مالك انه يباع اذا بلغ فى شجره قبل أن يطيب فانه لا يطيب

حتى ينزع * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي أن يتناهى عظمه أو عظم بعضه ويبلغ أوله مبلغه اذا أزيل عن أصله تهيأ فيه تمام النضج فانه اذا أزيل عن أصله قبل تناهيه فسد ولم يتم نضجه (مسئلة) وأما الجزر واللفت والفجل والثوم والبصل فبدو صلاحه اذا استقل وتم وانتفع به ولم يكن في قلعه فساد وقصب السكر اذا طاب وهو أن يكبر فلا يكون فسادا والبراذايس وكذلك الفول والجلبان والحمص والعدس والورد وسائر الانوار أن تنفتح كمامه ويظهر نوره والقصيل والقضب والقرط اذا بلغ أن يرعى دون فساد

(فصل) اذا ثبت ذلك وان نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها اختلف أصحابنا في تعليل ذلك فقال محمد بن مسلمة ان الغرر موجود قبل بدو الصلاح وبعده ولكنه لا غرض في شرائها قبل بدو الصلاح الا مجرد الاسترخاص لا غير ذلك لانها قد تسلم فترخص عليه أو يتلف بعضها اذا كان أقل من الثلث فيكون غاليا وبعد بدو الصلاح له غرض في ذلك من الانتفاع بها وأكلها رطبة فلذلك جاز هذا وعفي عن الغرر لاجله وقال غيره من أصحابنا ان الغرر قبل بدو الصلاح أكثر وبعد بدو الصلاح يقل ويندر وكثير الغرر يبطل العقود ويسيره معفو عنه فيها اذ لا يمكن تسلمها منه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالممنوع منه هو البيع المطلق دون اشتراط القطع وذلك ان بيع الثمرة قبل بدو صلاحها يقع على ثلاثة أوجه أحدها أن يشترط القطع فهذا لا خلاف في جوازه لانه باع ما لا غرر في بيعه ولا تدخله زيادة ولا نقص لجده اياه عقيب العقد والوجه الثاني أن يشترط التبقية وهذا لا خلاف في منعه الا ما روى عن يزيد بن أبي حبيب في العرية ووجه منعه ان المنفعة تقل في ذلك والغرر يكثر لانه لا يكون مقصودها الا ما يؤول اليه من الزيادة وذلك مجهول ولان الجوائح تكثر فيها فلا يعلم الباقي منها ولا على أي صفة تكون عند بدو صلاحها وأما اذا بدا صلاح الثمرة فقد تناهى عظمها وكثر الانتفاع بها وقلت الجائحة فيها والوجه الثالث اطلاق العقد فيها فالمشهور عن مالك منعه وبه قال الشافعي وروى ابن القاسم في البيوع الفاسدة من المدونة جوازه ويكون مقتضاه الجد وبه قال أبو حنيفة والكلام في هذه المسئلة في فصلين أحدهما ان اطلاق اللفظ يقتضي التبقية والثاني ان البيع غير جائز والدليل على ما نقوله قوله نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وهذا اللفظ يقتضي النهي عنه على الاطلاق لانه لم يقيد ذلك بشرط قطع ولا غيره فان قالوا هذه حجتنا لانه قال حتى يبدو صلاحها وهذا يدل على ان البلح يجوز بيعه لانه يقصد للأكل والحصرم يجوز بيعه لان الحصرم يقصد للطبخ والجواب ان الحصرم لم يبد صلاحه لانه لا يستطاب أكله الاستطابة المعهودة من الأكل المقصود ألا ترى انه قال في حديث أنس الذي يأتي بعد هذا انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهى قيل له يا رسول الله وما تزهى قال حين تحمر وجواب ثان وهو ان العلة عندكم ليس هذا من بدو الصلاح ألا ترى ان سائر الفواكه يجوز بيعها على هذا الوجه وان لم يبد صلاحها وجواب ثالث وهو ان هذا تعلق بدليل الخطاب وأنتم تقولون به ونحن فمن أصحابنا من لا يقول به ومن قال به منهم فانه يقول به ما لم يعد باسقاط النضج وههنا يؤدي الى اسقاط النضج لانا لو قلنا ان الحصرم يجوز بيعه لزمنا أن نقول مثل ذلك في سائر الفاكهة لان أحدا لم يفرق بينهما ولو قلنا ذلك لابطلنا في سائر الفواكه حكم النطق فان قالوا نحمله على المنع من بيعه بشرط التبقية فالجواب ان اطلاق العقد يقتضي التبقية لان المعهود من حال الثمرة ابقاؤها على الشجرة الى أن تتناهى وجواب ثان وهو ان هذا لا يصح على أصلكم لانه لا يجوز بيعها بشرط

التبقية بعد أن يبدو صلاحها فلا توجد فائدة لتخصيصه ذلك بما قبل بدو الصلاح فان قالوا المراد بقوله حتى يبدو صلاحها حتى تظهر الثمرة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم أرأيت اذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه وما لم توجد لا يقال فيه اذا منعه الله فالجواب ان هذا ننقله عليكم وهو انه صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الثمار وما لم يوجد لا يسمى ثمارا وجواب ثان وهو انه قد فسر هذا في حديث أنس فقال حين يحمر وجواب ثالث وهو انه يقال منع الله الثمرة بعد وجودها بمعنى انه منع الانتفاع بها فان قالوا يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم انما قال هذا على وجه النصيحة والمشورة لا على وجه التحريم والاخبار عن الشرع يدل على ذلك ما روى سليمان بن أبي خثمة عن زيد بن ثابت قال كان الناس يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها فاذا جاء من الناس وقت تقاضيهم قال المبتاع قد أصاب الثمر الدمار وأصابه فساد وأصابه مراض عاهات يحتجون بها فلما كثرت خصومتهم عند النبي صلى الله عليه وسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كالمشورة يشير بها فلا تبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها لكثرة خصومتهم واختلافهم والجواب ان الذي روى ابن عمر النهي عن ذلك والنهي يقتضي التحريم فلا يعدل عن مقتضاه الا بدليل وأما ما أورده فهو تأويل من زيد فلا يرد به ظاهر نهي النبي صلى الله عليه وسلم وجواب ثان وهو انه يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أشار بذلك أولا ثم حرمه لهذا المعنى وجواب ثالث وهو ان هذا التأويل لا يصح على أصلكم لأن بيعه على الاطلاق انما يقتضي عندكم الجد والتبقية فيه محرمة وهذا يمنع من أن يكون نهيه على وجه المشورة ويوجب أن يكون على التحريم والدليل على ذلك ما روى اسحق ابن أبي طلحة الأنصاري عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة قال صاحب العين المحاقلة بيع الزرع قبل بدو صلاحه والمخابرة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ودليلنا من جهة القياس أن هذه ثمرة نامية أفردها بالبيع عن أصلها قبل بدو صلاحها من غير شرط قطعها فلم يصح بيعها كما لو باعها بشرط التبقية (مسئلة) ولا يباع الزرع اذا أفرك ولا الفول اذا اخضر ولا الحمص والجلبان الا بشرط القطع لأن بدو منفعته المقصودة اليبس واستغناؤه عن الماء وانما يؤكل البلح وعلى هذا حكم الجوز واللوز والفستق عندي والله أعلم وأحكم (فرع) فان بيع الفول أو الحنطة أو العدس أو الحمص على الاطلاق قبل يبسه وبعد ان أفرك فقد قال ابن عبد الحكم يفسخ فيه البيع ويرد وحكمه حكم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وروى يحيي بن يحيي عن ابن القاسم يفوت باليبس ويمضي البيع ولا يرد وقال في المدونة أكره أن يعمل به فاذا عمل به وفات فلا أرى أن يفسخ وتأول الشيخ أبو محمد هذا على معنى تفوت بالقبض وروى ابن المواز عن مالك ان نزل لم أفسخه وظاهره يقتضي أنه يمضي بنفس العقد (مسئلة) وأما اذا بدا صلاح الثمرة فانه يجوز بيعها وذلك بان يبدو الصلاح في نخلة منها فان كانت تلك النخلة في جهة واحدة فيجوز بيع ذلك النصف كله لأنه لو روعي في ذلك بيع ما بدا صلاحه دون غيره لم يصح ذلك لتفاوته وللحقته المشقة المفرطة فيه ولامتنع بيعه الا عند انقضائه وهو وقت فوت بيعه واستغناء المشتري عنه وكذلك اذا بدا صلاح نوع جاز بيع سائر أنواع ذلك الجنس مما يقرب منه في بدو الصلاح وان لم يبد صلاح تلك الانواع قال القاضي أبو محمد وهذا اذا كان طيبا متتابعا ولم يكن مبكرا والمراعى فيه بلوغ الزمن الذي تؤمن فيه العاهة على الثمرة غالبا ومعنى ذلك أن لا تكون تلك الثمرة خارجة عن عادة غيرها فان من الشجر ما يتقدم نوع منه سائر الانواع في الطيب بالمدة

الطويلة ويتأخر عن سائره بالمدة الطويلة فلا يجوز بيع المتأخر بظهور صلاح المتقدم كما لا يمنع تأخير المتأخر مع المتقدم كالعنب الشتوى والصيفى لا يباع الشتوى ببدو صلاح الصيفى لأن عادتهما التفاوت فى بدو الصلاح كالجنسين وكذلك اذا ندر من الشجرة الواحدة الحبة الواحدة فقد يندر ولا يتلاحق بها من ذلك الجنس شئ فان تلك الحبة لا حكم لها حتى يتقارب صلاح غيرها فان كانت الشجرة تطعم بطنين فى السنة فالظاهر من المذهب انه لا يجوز أن يباع الآخر ببدو صلاح الاول رواه فى العتبية ابن القاسم عن مالك وفى المبسوط انه اذا كان طيبها متتابعا لا ينقطع الاول حتى يدرك الآخر فلا بأس ببيعهما جميعا بطيب الاول وجه القول الاول ان لبطن الثانى ثمرة لم يبد صلاحها ولا بلغ ابان بدو صلاحها فلم يجز بيعها كالمفردة ووجه القول الثانى انه اذا اتصل فحكمه حكم الثمرة الواحدة فى صحة البيع كالمقاثئ (مسئلة) ولا يباع جنس من الثمر ببدو صلاح جنس آخر خلافا لليث بن سعد والدليل على ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وحتى تزهو قيل وما تزهو قال حين تحمر وروى عنه انه قال فى العنب حين يسود فاعتبر فى كل جنس صفة لا توجد فى غيره ومنع من بيعه حتى توجد تلك الصفة فيه وهذا يمنع اعتباره بعدم ودليلنا من جهة المعنى ان منع الثمرة حتى يبدو صلاحها انما هو لتؤمن عليها العاهة ولتكون معلومة الصفة برؤية ما طاب منها وقد علم تفاوت أجناس الثمار فى الطيب فاذا طاب بعضها لم يؤمن بذلك العاهة على غيرها مما يتأخر ابانه عن ابانها واذا علم صفة بعضها ببدو الصلاح فيها لم تعلم بذلك صفة غيرها ما لم يبد الصلاح فيها (مسئلة) اذا بدا صلاح نخلة من حائط جاز بيع جميع ذلك الحائط وجاز بيع ما حواليه من الحوائط وما يكون حاله فى التبكير والتأخير خلافا لمطرف من أصحابنا والشافعى فى قولهما لا يباع بطيبها غير حائطها والدليل على ما نقوله ان هذه ثمرة بدا صلاحها فجاز ان يباع به ما حولها كما لو لم يفصل بينهما بجدار

(فصل) اذا ثبت ذلك فانه يجوز بيع الثمرة التى بدا صلاحها على الاطلاق ولا خلاف فى ذلك ويجوز بيعها بشرط التبقية وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعها بشرط التبقية والدليل على ما نقوله أن هذه ثمرة جاز بيعها على الاطلاق فجاز بيعها بشرط التبقية أصل ذلك اذا قال أبتاعها منك على أن أقبضها غدا (مسئلة) لا خلاف انه لا يجوز أن تفرد الحنطة فى سنبلها بالشراء دون السنبل وكذلك الجوز واللوز والباقلا لا يجوز أن يفرد بالبيع دون قشره على الجزاف ما دام فيه وأما شراء السنبل اذا يبس ولم ينفعه الماء فجائز وكذلك الباقلا والجوز وقال الشافعى لا يجوز شئ من ذلك والدليل على ما نقوله ما روى نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهات نهى البائع والمشترى وهذا على طريق القاضى أبى بكر فى تعلقه بدليل الخطاب فى الغاية ودليلنا من جهة القياس ان ما جاز بيعه بعد الفرك جاز بيعه قبل الفرك كالشعير (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز بيعه قائما قبل حصاده اذا يبس جميعه أو أكثره رواه ابن المواز عن مالك وروى القاضى أبو اسحق عن مالك انه يجوز بيعه فى أندره وقبل درسه وروى عن ابن نافع انه لا يجوز بيعه الا اذا كان حزما يرى سنبله وينظر اليه ووجه قول مالك انه لم يتغير عن الصفة التى كان عليها قبل الحصاد وقد أجمعنا على أنه يجوز بيعه جزافا قبل الحصاد وانه يتأتى حزره على ذلك فكذلك بعد الحصاد وقبل تغيره بالدرس ووجه آخر ان الحصاد معنى لا يتوقع معه اضافة شئ الى الزرع يمنع صحة تقديره وتساوى المتبايعان فى معرفته

فلم يمنع ذلك صحة بيعه جزافا أصل ذلك اذا أمالته الريح ووجه قول ابن نافع ما احتج به من أن هذه الصورة التي يمكن علمها حزره وأما اذا كان يخفى سنبله أو بعضه فلا يمكن حزره لخفاء المطلوب منه ولذلك حوزنا الخرص في النخل والأعناب لما كانت ثمرتها ظاهرة يمكن ذلك فيها ولا يخرص الزبيب لان ثمرته مستورة في أوراقه (مسئلة) ولا يجوز بيعه بعد درسه وروى ذلك عن مالك القاضي أبو اسحق في مبسوطه ووجه ذلك انه قصار على حالة لا يتأتى حزره ولا يؤمن من اضافة التبن اليه فلم يجز بيعه كما لو صفاه ثم أضاف الى حنطته تبنا وهذا كله في الجزاف وأما بالكيل فلا خلاف في جواز ذلك لان المقدار معروف بالكيل والصفة معروفة بفرك بعضه والنظر اليه ص

* مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهى فقيل له يا رسول الله وما تزهى فقال حين تحمر وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت اذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه * ش قوله نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى يقال أزهى الثمر اذا بدا اصلاحه والزهو النور والمنظر الحسن ويحتمل أن يكون مأخوذا منه لانها حينئذ يحسن منظرها ويكمل حسنها فان قيل هذه لفظة عربية فكيف تخفى على من معه من العرب حتى يسألوه عنها فالجواب ان ذلك يحتمل وجهين أحدهما أن تكون لغة لبعض العرب دون بعض فسأل عنها من ليست من لغته والوجه الثاني أن تكون لفظة مستعارة لها من حسنها في ذلك الوقت وجمال منظرها كما قال صلى الله عليه وسلم يوم حنين الآن حمى الوطيس وغير ذلك من الألفاظ المستعارة فكأنه قال حتى تحسن الثمرة فاحتاج السائل أن يسئل عن جنس الحسن الذي يبيح بيعها فأخبره أن زهاءها حسنها بحمرتها وقوله حتى تحمر يعني والله أعلم تظهر على خضرة البلح حمرة وهو أول ما يتغير لون البلح الى الحمرة فذلك هو الازهاء ثم يكون منه ما يصفر ومنه ما يستكمل حمرته ويكمل في جميعه فيكون بسرا والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أرأيت اذا منع الله الثمر يريد منع قبضها واستيفاءها على الوجه المعروف المعتاد للاقتيات والادخار والأكل المعتاد لان أخذه على غير ذلك الوجه فساد واتلاف للثمرة أونادر لمنفعة غير مقصودة فشراء المشتري انما يقع على المعتاد من أكل الثمرة وهو أكلها رطبا أو تمرا فان منع الله الثمرة قبل ذلك لم يكن للبائع أن يأخذ الثمن من المبتاع لقوله صلى الله عليه وسلم اذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه فاقتضى ذلك انه لا يجوز له أخذ مال أخيه اذا منع الله الثمرة فلما كانت العاهات تكثر وتتكرر قبل الازهاء منع ذلك صحة بيعها وفي هذا دليل على أن المنع إنما توجه الى البيع الذي لم يشترط فيه القطع لان ما اشترى على القطع لا تمنعه آفة فلم يتوجه اليه المنع فعلى هذا الغرر المتوقع في المبيع على ثلاثة أضرب ضرب يكثر ويكون هو الأغلب فهذا يمنع من صحة العقد جملة كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح على وجه يقتضي التبقية وضرب لا يبلغ هذا المبلغ من الكثرة والتكرر لكنه يكون معتادا ولا يمنع صحة العقد ولكنه يمنع النقد كحال الأمة في عهدة الثلاث ومدة المواضعة وضرب ثالث يقل ويندر فلا يمنع صحة العقد ولا اشتراط النقد كالجنون والجذام في عهدة السنة والجائحة بعد بدو الصلاح في الثمرة وروى القاضي أبو اسحق عن محمد بن مسلمة انه فرق بينهما بعد هذا وقال ان بيع الثمرة قبل بدو الصلاح غرر لا فائدة فيه لانه لا ينتفع المبتاع بها فلا يقصد الا مجرد الغرر وأما بعد بدو صلاحها فانه قصد الانتفاع بها وذلك يرفع فساد الخوف من اتلافها والذي قدمناه أولى لما روت عمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى

* وحدثني عن مالك عن حميد الطويل عن أنس ابن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهى فقيل له يا رسول الله وما تزهى فقال حين تحمر وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت اذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه

تنجو من العاهة فجعل ذلك نجاء من العاهة لعلة تكررها فيها كما يقول لمن نجا من غرق البحر أو قتل العدو نجا فلان من الموت بمعنى أنه انتقل من حالة لا يكاد يسلم فيها الى حالة يقل فيها العطب ص ﴿ مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة قال مالك وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الغرر ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم حتى تنجو من العاهة يريد عليه السلام والله أعلم حتى يقل ذلك فيها ويندر وقول مالك ان بيع الثمار قبل بدو صلاحها من الغرر يريد لما نهى عنه صلى الله عليه وسلم من منع ذلك بسبب العاهات المتكررة عليها في أكثر الأعوام واذا كان من الغرر وجب أن يكون بيعه غير جائز ص ﴿ مالك عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت عن زيد بن ثابت انه كان لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا ﴾ ش معنى ذلك والله أعلم على ما تقدم أن طلوع الثريا مع الفجر انما يكون في النصف الآخر من شهر مايه وهو شهر ايار وفي ذلك يبدو صلاح الثمار بالحجاز ويظهر الازهاء فيها وتنجو من العاهة في الأغلب ففي ذلك الوقت يجوز بيعها فيه دون ما قبله وتختلف العبارات فيما يبدو به ما يمنع من البيع ويميز ما يباع فتارة يميز ويفسر بالازهاء وتارة بأن تنجو الثمرة من العاهة وتارة تطلع الثريا غير أن تحديد ذلك بالازهاء وبأن تنجو من العاهة يتعقبه الجواز على كل حال وأما طلوع الثريا فليس بحد يتميز به وقت جواز البيع من وقت منعه وقد روى القعنبي عن مالك في المبسوط انه قال ليس العمل على هذا ومعنى ذلك عندي أنه لا يباح بيع الثمرة بنفس طلوع الثريا حتى يبدو صلاحها وانما معنى ذلك في الحديث انه كان لا يبيع الا بعد طلوعها وليس فيه انه لم يكن يبيع ذلك بعد طلوع الثريا الا الازهاء والله أعلم وقد روى عطاء عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا طلع النجم صباحا رفعت العاهة عن أهل البلد والله أعلم والنجم الثريا وهذا الحديث لم أره وقد وجدته على حسب ما أوردته ولم أره من طريق صحيح والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك والأمر عندنا في بيع البطيخ والقثاء والخربز والجزر ان بيعه اذا بدا صلاحه حلال جائز ثم يكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره ويهلك وليس في ذلك وقت يؤقت وذلك أن وقته معروف عند الناس وربما دخلته العاهة فقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت فاذا دخلته العاهة بجائحة تبلغ الثلث فصاعدا كان ذلك موضوعا عن الذي ابتاعه ﴾ ش وهذا كما قال ان بيع القثاء اذا بدا صلاحه جائز بشرط أن يشتمل البيع على جميع ما يخرج منه الى آخره فان ذلك جائز لان صلاح تلك الثمرة قد بدا فيها تبع لها الا ان هذا حكم يتبع فيه كل ما بدا صلاحه كل ما يأتي بعده منه وهذا حكم الخربز وهو نوع من البطيخ وحكم الباذنجان والقرع مما يأتي بعضه دون بعض ولا يتميز أوله من آخره وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز شئ من ذلك والدليل على ما نقوله ان هذه ثمرة لا يمكن حبس أولها على آخرها فجاز أن يباع ما لم يبد صلاحه بما بدا صلاحه كالتين والخوخ

(فصل) وقوله ثم يكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره يريد في القثاء والبطيخ وما ليس له أصل ثابت مما يحدث شيأ بعد شئ ولا يتميز ووجه ذلك عندي انه انما يشتري ثمره على المعروف من حال مثله في قوة نباته ونعومته وطيب أرضه وما عرف من نجاته مثل هذا فيها فاذا اشترى الأصول على هذا كان له ما يخرج منها الى آخر وقتها ولا يلزم على هذا أن يقال لو تعلق البيع بأصلها لما حرم بيعها قبل بدو صلاح نباتها ولجاز أن تباع قبل أن يبدو ذلك منها كما يجوز ذلك في النخل وسائر الشجر لان النخل والشجر لها أصل ثابت باق ولذلك تتبع الأرض بمجرد العقد ووجه آخر وهو أن المقصود

* وحدثني عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن ابن حارثة عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة * قال مالك وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الغرر * وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت عن زيد بن ثابت أنه كان لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا * قال مالك والأمر عندنا في بيع البطيخ والقثاء والخربز والجزر أن بيعه اذا بدا صلاحه حلال جائز ثم يكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره ويهلك وليس في ذلك وقت يؤقت وذلك أن وقته معروف عند الناس وربما دخلته العاهة فقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت فاذا دخلته العاهة بجائحة تبلغ الثلث فصاعدا كان ذلك موضوعا عن الذي ابتاعه

من شراء المقاثي ثمرتها الان سائرها لاقيمة له والشجر المقصود من سائرها الأصل وفي الغالب معظم الثمرة لها وان كان بعض الثمرة لها فالها القيمة الكثيرة (فرع) وبيان ذلك ان مايسمع من هذا على ثلاثة أضرب ضرب تتميز بطونه ولاتتصل كشجرة التين والنخيل والياسمين والتفاح والرمان والجوز وضرب ثان تتميز بطونه وتتصل كالقصيل والقصب والقرط وضرب ثالث لاتتميز بطونه كالمقاثي والباذنجان والقرع فأما مالاتتميز بطونه ولاتتصل فلا يجوز أن يباع مالم يظهر من بطونه بظهور ماظهر منها او بدو صلاحه وحكم كل بطن منها مختص به وأما ماتتصل بطونه وتتميز فان اطلاق العقد يتناول ماظهر منه دون مالم يظهر وتكون خلفته لمن له أصله وذلك انه انما باع منه ماجرت العادة بأخذه من عينه ولم يتبعه أصله ولذلك لايجوز له تبقيته الى أن يبدو صلاحه فان اشترط المبتاع خلفة فهل يجوز ذلك عن مالك فيه روايتان حكاهما ابن المواز عن أشهب عنه احداهما انه قال في القرط يجوز ذلك اذا كان لايختلف وقال في موضع آخر فان كانت خلفته تختلف فلا أحب اشتراطها والرواية الثانية انه قال ماهذا عندي بحسن لانها أتى مختلفة وروى ابن المواز عن ابن القاسم ان معنى قوله تختلف خلفته أن تثبت مدة ولاتثبت أخرى ولفظ أشهب يقتضي الاختلاف في صفتها وانما جوزنا اشتراط الخلفة على رواية الاباحة لانها مستندة الى الأولى التي قد جاز بيعها ومتصلة كما اشتد من ثمرة التين والتفاح وسائر الثمار ماهو صغير لايجوز بيعه اذا انفرد الى ماقد بدا صلاحه وكما يجوز بيع مالم يظهر من القثاء والباذنجان مع ماقد ظهر منها ووجه الرواية الثانية ان هذا شراء لم يوجد وينفصل مما وجد فلم يجز شراؤه بشرائه كما لايجوز شراء ثمرة نخل في عام مع ثمرته في عام قبله (فرع) فاذا قلنا برواية الجواز فانما تجوز اذا كانت الخلفة مأمونة قال ابن حبيب ولاتكون مأمونة الا في أرض السقي وتجويز أصحابنا ذلك في القرط والقصب الذي لا يكاد أن يكون الا بمصر دليل على جوازه في أرض السقي وانما راعى في ذلك أن تكون أرضا مأمونة على الخلفة ولعل ابن حبيب انما وصف بذلك أرض بلاد الأندلس والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فانه يجوز أن يشترط من الجز ما يعلم انه ينتهي اليه ذلك النبات واحدة أو خمسة أو أكثر من ذلك مما لايخاف اخلافه ولا اختلافه لان ذلك يتميز ويمكن تقديره بعدد الجز والبطون فان اختلف بعد ذلك أو قصر عن الصفة ففي المبسوط وكتاب ابن المواز عن مالك ان البائع يرد على المشتري بقدر ذلك قال محمد ابن مسلمة والبقول في ذلك كله بمنزلة القصب ووجه ذلك أن ينظر الى قيمة الجزة الأولى والثانية التي استوفيت وقيمة التي اختلفت يوم العقد على أن يقبض في ابانها كل واحدة منها فيقبض الثمن على قيمتها فما أصاب التي اختلفت رده البائع على المشتري (فرع) وهل يجوز بيعه حتى يبقى بجزة في كتاب ابن المواز لاشهب عن مالك لايجوز ذلك وانما يباع عدد جزه وفي كتاب ابن حبيب اذا اشترط المبتاع الخلفة كانت له كلها وان كانت خلفة بعد خلفة وهذا يقتضي أن له ماثبت الى أن يفنى ووجه قول مالك ان أصله باق على ملك صاحبه فلا يجوز أن يشترى الى انقضاء ثمرته كالنخل والشجر ووجه قول ابن حبيب ان هذه بطون متصلة فجاز اشتراط جميعها كالمقاثي والصحيح في هذا أنه ما كان ابانه ينتهي اليه ويبطل الأصل جاز اشتراؤه الى انقضائه وما كان على غير ذلك لم يجز والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما الجوز فقال محمد بن مسلمة يباع سنين كألبان الغنم اذا ولدت شهرا أو شهرين وروى ابن نافع عن مالك انه قال لا أحب ان باع مايخرج منه أكثر من سنة بالزمن الطويل ولا يصح ذلك عندي الا أن تكون بطونه متصلة في مثل هذه المدة وغيرها ولا يتقدر بالتمام

لبقاء أصله فان كان يتميز كل بطن من الآخر ويتصل فيصح شراؤه بعدد البطون وان كان يتصل ولا يتميز فمعناه أن يتقدر بالزمن كالمياه وألبان الغنم (مسئلة) وأما الجز ففي كتاب ابن المواز عن مالك ان كان نباته متصلا فهو مثل المقاثي وان كان منفصلا فقال مالك لا خير فيه والسدر كذلك ومعنى ذلك أن كل بطن ينفصل مما قبله فلا يجوز أن يباع ببطن آخر وان كانت بطونها متصلة فهو بمنزلة المقاثي في جواز بيع ما لم يظهر منه مع ما ظهر ويقدر ما يباع منه بالزمان فاما أن يباع الى ثمرة الأصل فلا يجوز ذلك ولا يكون في ذلك بمنزلة المقاثي

(فصل) وأما ما لا تتميز بطونه كالقثاء فانه لا يجوز أن تباع بطونها مقدرة لانها لا يصح أن تتقدر واذا لم يكن له أصل ثابت فلا يصح أن يتقدر بالزمن لان انقضاء أمره يقرب وهو أبين فيما يقارب به ووجه آخر علل به أصحابنا وهو انه يتأخر بالبرد ويتعجل بالحر فيدخله الغرر والجهل بالمعقود عليه (مسئلة) فان أراد المبتاع تبقية الأصل وطالبه البائع بقلعها رجع في ذلك الى عرف الجهة وما جرت عادتهم به فحملوا عليه وليس في ذلك توقيت بشهر ولا أكثر من ذلك ولا بعدة محصورة من الزمان كالثمرة تشترى بعد بدو الصلاح فان الرجوع في بقائها في أشجارها الى العرف والعادة ولا يتوقت بعدة من الزمان مقدرة لان التعجيل والتأخير يدخلها بافراط الحر والبرد ولكل شئ من ذلك مقدار معروف

(فصل) وقوله وذلك معروف عند الناس ورب ما دخلته العاهة وقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت فاذا كان ذلك فهو موضوع عن الذي ابتاعه يريد ان لما بيع من هذه المقاثي عند الناس أوقاتا معتادة اذا سلمت ينتهي اليها وتدوم ثمرتها طول مدتها على حسب ما عرفوه واعتادوه من ذلك فان بلغتها الثمرة واتصلت اليها فقد سلم المبيع للمبتاع ووجب للبائع جميع الثمن وان قصرت عن ذلك الثمرة وانقطعت قبل المعروف من وقتها فانما يكون ذلك بعاهة فلم تسلم جميع الثمرة الى من ابتاعها فيوضع ذلك عن المبتاع اذا بلغ الثلث فأكثر وسنذكر هذا مستقصى في الجوائح ان شاء الله تعالى ولا يلزمنا على ما أصلناه أن يقال لو كان الأصل تبعا للثمرة لما كانت فيه جائحة كالثمرة اذا بيعت مع أصل النخل لان ابن حبيب روى عن أصبغ ان ما عظم ثمنه من الثمرة فأصابته جائحة يفض الثمن على الثمرة والأصل فتوضع الجائحة لانه زيد في الثمن من أجلها فكيف بثمرة المقاثي وهي المقصودة بجميع الثمن ولو سلمنا على قول سائر أصحابنا في النخل فقد قال ابن القاسم في العتبية في الفول والجلبان ما بيع منها أخضر فلا توضع فيه جائحة حتى تبلغ الثلث ويرد الى أصله ومعلوم أن الجلبان الأخضر لا يجتنى الا بأصله

﴿ ما جاء في بيع العرية ﴾

﴿ما جاء في بيع العرية﴾ * حدثني يحيي عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ارخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها ﴾ ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لصاحب العرية أن يبيعها مطلق الرخصة عند الفقهاء يقتضي أن يخص بعض الجملة المحظورة بالاباحة ومنع أبو حنيفة وقوم من أصحابنا القياس عليه وجعلوا له باطلاق اسم الرخصة عليه حكما مفردا ولا يجوز أن يعدى الى غيره حتى انهم يسمون بذلك كل حكم لا يعدونه وليس هذا بصحيح والصواب أن ينظر الى علة ذلك الحكم الذي علق عليها في الشرع فان كانت علته واقعة قصر الحكم على موضعها وان

كانت متعدية عداه وأثبت الحكم المعلق بها حيث وجدت وبالله التوفيق ومعنى اطلاقهم عليها اسم الرخصة أن زيد بن ثابت روى عن النبي صلى الله عليه وسلم منع بيع الرطب بالتمر وروى عنه اباحة ذلك على وجه الخرص في العرية رواه ابن شهاب عن سالم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه ولاتبيعوا التمر بالتمر قال سالم وأخبرني عبد الله عن زيد ابن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غيره فخص العرية بهذا الحكم دون سائر المبيع من الثمار والمعنى المبيح لذلك ضرورة الشركة اذ كان أصلها العرية وهذا المعنى وان كان ورد بلفظ المبيع ففيه معنى من البيع وذلك ان المعرى اذا خرصت عليه العرية له أن يبيعها أو يأكلها ويصنع بها ماشاء ويعطيها غيره وانما معنى ذلك في الحقيقة معنيان أحدهما ازالة ضرر الشركة لان غالب أحوال الناس وأهل الحوائط الانفراد بعيالهم وذريتهم في حوائطهم وجمع مايسقط منها وأكل ثمرها رطبه ويابسه فاذا أعرى نخلة من حائطه امتنع عليه الانفراد فيه بأهله وذريته لان للمعرى أن يقيم مع عريته أو يمتنع مع ذلك على المعري وعلى من معه من أهل وولد لانبساطهم في الجمع والأكل مما يسقط الابعد التحفظ من العرية فيؤدي ذلك الى المشقة الى ما يمنع من الاعداد في عام آخر ووجه آخر وهو ان المعرى اذا أعرى نخلة ان احتاج من مراعاتها وجمع سواقطها وحفظها وسقيها والعمل عليها لازمه في ذلك من المشقة أكثر من قدر قيمتها فيؤدي ذلك الى أن لاينتفع بعد من جميع ما يكون فيه وترك التحفظ من ثمرة الغير ويحتاج المعرى الى من يكفيه ما يلزمه في عريته مما ذكرناه فجاز لهذا المعنى أن يخرص على المعري ويكون عليه خرصها تمرا يؤديه الى المعرى عند الجذاذ كما يخرص عليه الزكاة التي تجب عليه في حائطه لأهل الزكاة ويلحقه من الضرر بمشاركتهم له في الحائط مثل مايلحقهم بمشاركة المعري ويلحق أهل الزكاة من الضرر بالعمل في الحائط والحفظ له مثل مايلحق المعرى وقد قرر الشرع فيه خرصه على أهل المال ليؤدوه عند الجذاذ والله أعلم وأحكم وأما علة الاستضرار بالدخول بها فقد قال ابن القاسم وكذلك الارفاق وله تأثير في اباحة المحظور ولذلك جوز لمن أراد ارفاق صديق له أن يبدل له ثلاثة دنانير ناقصة بثلاثة دنانير وازنة عددا ومنع ابن الماجشون أن تكون لذلك علة عند استضرار المعري بدخول المعرى فابيح له ذلك لازالة هذا النوع من الضرر والأظهر عندي فيه ماتقدم ويتصور عندي من هذا قياس ان هذا معنى حد في الشرع بخمسة أوسق فجاز أن تخرص ثمرته على أن يعطي من تخرص عليه خرصه تمرا عند الجذاذ أصل ذلك الزكاة

(فصل) وقوله أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها خص بذلك صاحب العرية وسماه بيعا لما كان له استهلاك الثمرة التي تخرص عليها وأن يعطي غيرها فقد ملكها ودخلت في ضمانه على أن يعطي ان شاء مثل خرصها بدلا منها وهذا فيه معنى من البيع وهو لزوم المعاوضة للمعرى ولزوم كثير من معنى العقد للمعاوض من حفظ الثمرة وجدها والتزامها ويكون له الخيار في دفع تلك العين وبدلها بعدها وهذا انما هو حكم من أحكام القرض مع بقاء العين على صفتها وفيه وجه آخر من معنى البيع انه لايثبت حكمه الاباختيار المتبايعين وأما الزكاة فلم ترد في الشرع بلفظ البيع لما كان ذلك يلزم رب المال وان لم يرضه فلذلك لم يذكره باسم البيع والموجب لذلك ان المعرى معين مالك لأمره فلما لم يلزمه الخروج عن العرية الاباختياره فكذلك المعرى لايلزمه التزامها الابالزكاة والمستحق للزكاة غير معين وانما للامام النظر في ذلك على ماقرره الشرع من خرص ذلك على أرباب الحوائط

وتسليمه اليهم ولم يكن للامام أن يقدم من ينظر فيه بمقاسمة الثمرة حين بدو صلاحها أو جمعها وحفظها والنظر فيه وكان حكم خرصها وتسليمها الى أرباب الحوائط لازم أوجب أيضا أن يكون ذلك لازما فى أرباب الحوائط ولذلك لم يسم بيعا لما لم يوقف على اختيار الامام وأرباب الأموال وفى هذا أربعة أبواب * الباب الأول فى تفسير معنى العرية وما يتعلق بذلك من جواز بيعها * والباب الثانى فى تبيين من يجوز له ذلك * والباب الثالث فى تبيين ما يصح ذلك فيه من الثمار * والباب الرابع فى تبيين مقدار ما يصح ذلك فيه من الثمرة

(الباب الاول فى تفسير معنى العرية)

فاما معنى العرية فقال القاضى أبو محمد هو عندنا أن يهب الرجل ثمر نخلة أو نخلات من حائطه لرجل وهذا الذى ذكره يجىء على مذهب أشهب وابن حبيب وأما ابن القاسم فان معنى العرية عنده أن يعطيه الثمرة على وجه مخصوص وهو أن يكون على المعرى ما يلزمها الى وقت بدو صلاحها وهو وقت يمكن الانتفاع بها واطلاق الهبة عنده لا يقتضى هذا وانما يقتضى ان ذلك يلزم الموهوب له من يوم الهبة ففرق فى ذلك بين الهبة والعرية ولذلك قال عن مالك ان زكاة العرية على المعرى وزكاة الثمرة الموهوبة على الموهوب له قال ابن القاسم فرق مالك بينهما فى الزكاة والسقى وقال أشهب زكاة العرية على المعرى كالهبة الا أن يعريه الى الزهو ويلزمه مثل ذلك وقال محمد انه لا خلاف بينهم ان السقى على المعرى ولعله أراد به انه لم يرلهم فيه خلافا ولم أر فيه وفاقا ويحتمل أن يكون أراد بذلك سقيا يلزم المعرى لأجل الأصول فيكون ذلك بمنزلة الاجارة على سقيها فلا يجوز ذلك قبل بدو صلاح الثمرة وقال ابن حبيب السقى والزكاة فى العرية والهبة على المعرى والواهب وقال سحنون انظر الى العرية والهبة فان كانتا بيد المعرى أو الواهب يسقى ذلك ويقوم عليه فالزكاة عليه وان كان بيد المعرى أو الموهوب يقوم عليها ويأكل منها فالزكاة عليه فعلى رواية ابن القاسم حكم العرية غير حكم الهبة

(فصل) وهذا معنى العرية من جهة الفقه وأما من جهة اللغة فقال صاحب العين العرية من النخل التى تعرى عن المساومة عند بيع النخل والفعل الاعراء وهو أن يجعل ثمرة عامها المحتاج وقال الشيخ أبو محمد وقد قيل ان أصل هذه الكلمة مأخوذ من النخلة تعرى من ثمرتها بالهبة لثمرتها فسميت عرية لذلك فعلى الوجهين العرية اسم للنخلة وان ذلك لا يقال من النخل الا لما تعطى ثمرته لأهل الحاجة على معنى الرفق والصدقة وقال أبو عبيد فى غريب الحديث ان العرايا واحدتها عرية وهى النخلة يعريها صاحبها محتاجا والاعراء أن يجعل له ثمرتها عامها وقال القاضى أبو محمد قال أهل اللغة العرية مأخوذة من قولهم عروت الرجل أعروه اذا أتيته تلتمس بره ومعروفه من قوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر وقيل ان معناه مأخوذ من تخلى الانسان عن ملكه من الثمرة من قوله تعالى فنبذناه بالعراء يعنى الموضع الخالى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز الاعراء فى كل نوع من الثمرة كانت مما ييبس ويدخر أو مما لا ييبس ولا يدخر وفى القثاء والموز والبطيخ قاله ابن حبيب قبل الابار وبعده وقبل الازهاء وبعده لعام أو أعوام فى جميع الحائط وبعضه لان ذلك نوع من الهبة والصدقة فلا تبطله الجهالة والغرر (فرع) وبماذا تكون حيازته وتصح للمعرى قال ابن حبيب عن مالك تكون باجتماع أمرين أحدهما ان تطلع فيها ثمرة والثانى أن يقبضها فان عدم أحد الأمرين قبل موت المعرى فلا شئ فيها للمعرى وقال أشهب فى كتاب محمد ان ذلك يكون بوجود أحد

الأمرين الابار أو تسليم الرقبة فانه يكون حوزا وان لم تؤبر الثمرة وجه رواية ابن حبيب ان ظهور الهبة هو طلوع الثمرة فيها فان حاز حينئذ صحت حيازته لها لان العين التى أعطاها قد ظهرت وان لم تظهر فذلك مثل الحمل لا يصح قبضه له الا بالوضع ووجه قول أشهب ان الثمرة انما تظهر بالابار وما قبل ذلك فالثمرة فيه كامنة فأشبهت الحمل فلا تجوز حيازتها فاذا أبرت وظهرت كان دخوله وخروجه اليها حيازة لها لانه لا يمكن تسليمها أكثر من ذلك فان كانت بموضع يمكن تسليمه اليه وانفراده به لم يكن ذلك حيازة حتى ييبس فان أمكن ذلك كان تسليمه اليه حيازة لما وهب له من ثمرتها وان كان ذلك قبل ظهورها كالمستقبل من خدمة العبد (فرع) ويصح أن تكون العرية فى ثمر شجر معين ويصح أن يعريه مقدارا من التمر غير معين مثل أن يعريه خمسة أوسق من جملة ثمر حائطه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز لصاحب هذه العرية أن يشتريها من المعرى وقال أبو حنيفة ان معنى العرية هبة الثمرة على الاطلاق عنده الا أن يبتاعها معناه عنده ان للواهب استرجاع هبته وأن يعطيه غيرها وانما سميت بيعا على سبيل المجاز والاتساع وأما على الحقيقة فلا يجوز ذلك لانه بيع الرطب على رؤس النخل بالتمر على وجه الأرض وذلك غير جائز والدليل على ما نقوله حديث زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر وأرخص بعد ذلك فى بيع العرية بالتمر أو بالرطب ولم يرخص فى غيره فان قيل العرية هى العطية انما أرخص فى العطية وذلك لان الرجل كان يهب ثمر نخله لرجل ثم يبدو له فى ذلك فكان يرجع فيه ويعطيه عوضه تمرا فالنبى صلى الله عليه وسلم أرخص فى ذلك قالوا والعرية هى العطية من أعار الشئ وهو تمليك منافعه والجواب ان هذا غير صحيح لان العرية انما هى النخلة الموهوب ثمرتها وعلى ذلك فسرها جماعة أهل اللغة وأنشدوا فى ذلك

ليست بسنهاء ولا رجبية * ولكن عرايا فى السنين الجوائح

يمدح نفسه بالجود ويقول ان نخله ليست بسنهاء أى لا يعامل عليها سنين وهى المسانهة وقوله ولا رجبية يريد ليست يبنى عليها والترجيب البناء بالحجارة حول أصلها ثم قال * ولكن عرايا فى السنين الجوائح * يريد اذا نزلت الجوائح بالناس واشتد الزمان وقلت الثمار وهبها حينئذ وجعل ثمرتها طعمة وليست العرية من الاعارة بسبيل لان الاعارة يقال منه أعاره يعيره اعارة وهى العارية والاعراء يقال منه أعراه يعريه اعراء وهى العرية * وجواب ثان وهو انه لو كانت العرية من الاعطاء لما جاز أن ينهى عن بيعه لان الاعطاء لا يباع وانما يباع المعطى فهو الذى يصح أن ينهى عن بيعه على وجه ويباح على وجه آخر * وجواب ثالث وهو ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر ثم استثنى منه بيع الثمرة والظاهر انه انما استثنى بعض الأول فان قالوا انما سماه بيعا على سبيل المجاز كقوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا فالجواب انما سماه هنالك بيعا لما فيه من المعاوضة وليس كذلك على ما ذكرت فانه ليس فيه معاوضة وانما فيه مجرد الهبة فلم يسم بيعا حقيقة ولا مجازا ودليلنا من جهة المعنى أن الطعام يفسد بيعه من وجهين أحدهما بيعه قبل استيفائه والثانى الجهل بتماثل الجنس ثم ثبت وتقرر انه قد أرخص فى بيعه قبل استيفائه على وجه المعروف فى الاقالة والتولية والشركة وكذلك الجهل بالتماثل يجب أن يكون منه ما يجوز على وجه المعروف وليس ان لا بيع العرية (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان بيع العرية يجوز بأربعة شروط قاله القاضى أبو محمد أحدها أن تزهى والثانى أن تكون خمسة أوسق فادنى والثالث أن يعطيه التمر عند

الجداد والرابع أن تكون من صنفها فأما اشتراطه الازهاء فهو قول جمهور الفقهاء وقال يزيد بن أبي حبيب يجوز بيعها قبل بدو صلاحها والدليل على ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وأما الشرط الثاني وهو أن تكون خمسة أوسق فأدنى فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وأما الشرط الثالث وهو أن يعطيه خرصها عند الجداد فهو عندنا شرط في صحة هذا البيع ولا يجوز له تعجيل العوض تمرا وقال الشافعي يجب عليه أن يعجل له الخرص تمرا ولا يجوز أن يفترقا حتى يتقابضا ووجه الخرص عندنا أن ينظر الى ما في النخل المعراة من الثمرة فيقدر ثم ينظر الى ما يخرج مثل تلك المكيلة من ذلك النوع من أنواع التمر في جودته أورداءته من التمر اليابس فيكون المعرى الى الجداد فالخلاف بيننا وبين الشافعي في هذه المسئلة في ثلاثة فصول أحدها انه يجب عندنا تأخير التمر الى الجداد ولا يجوز تعجيله وعند الشافعي يجب تعجيله قبل التفرق ولا يجوز تأخيره عن التفرق والفصل الثاني ان اسم العرية واقع على النخلة الموهوب ثمرتها وقال الشافعي العرية اسم للبيع والفصل الثالث ان جواز بيعها يختص بالمعرى وعند الشافعي يجوز من كل أحد والدليل على الفصل الأول ان هذا معنى ورد الشرع بخرصه فكان من سنته أن يتأجل بالخرص منه تمرا الى الجداد كالزكاة (فرع) فاذا أراد بعد صحة العقد تعجيل الخرص جاز له ذلك قال ابن حبيب ووجه ذلك ان العقد قد سلم من الفساد بشرط التعجيل فجاز ذلك على الطوع كنقد الثمن في مدة الخيار وتعجيل السلم بأثر العقد

(فصل) والدليل على صحة الفصل الثاني وهو ان العرية اسم واقع على النخلة ما قدمناه من قول أهل اللغة في ذلك وفي صحيح البخاري عن سعيد بن جبير قال العرايا نخل كانت توهب للمساكين فلا يستطيعون أن ينتظروها فرخص لهم أن يبيعوها بما شاؤا من التمر وقال الشاعر

ليست بسنهاء ولا رجبية ❊ ولكن عرايا في السنين الجوائح

يمدح نفسه بأن يهب ثمرتها في أوقات الجوائح ولا يمدح نفسه ببيع ثمرتها حينئذ ومما يدل على ذلك قول زيد بن ثابت ولكن أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها ففي هذا أدلة أحدها انه قال أرخص لصاحب العرية ولا يجوز أن يقال أرخص لصاحب البيع أن يبيعها بخرصها والثاني انه قال بخرصها وهذا يدل على انه لم يرد به العيب لان العيب لاخرص له ولا بخرص والثالث انه قال لصاحب العرية وهذه اللفظة انما تنطلق على الأعيان دون الأفعال فيقال صاحب الشجرة وصاحب الأرض وصاحب الثمرة ولا يقال صاحب القيام وانما جرى عرف الاستعمال فيه أن يقال له القائم ووجه رابع انه قال أرخص لصاحب العرية أن يبيعها وهذا يقتضي انه معروف بأنه صاحب العرية قبل البيع فدل ذلك على ان العرية غير البيع

(الباب الثاني في بيان من يجوز له ذلك)

وجملة ذلك ان كل من صارت اليه ثمرة الحائط ببيع أوهبة أو ميراث له شراء العرية بمثل ما يجوز ذلك للمعرى لما يلحقه من مضرة الشركة بدخول المعرى وخروجه كما يلحق المعرى ولما في ذلك من المعروف فيتحمل المشترى العمل والمؤنة على المعرى كما يتحملها المعرى ويجرى في ذلك مجرى الزكاة والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن صارت اليه العرية ببيع أوهبة أو ميراث فحكمه في جواز بيعها بخرصها تمرا ممن له ثمرة الحائط حكم المعرى للوجهين المذكورين قبل هذا ولا يجوز التبايع

فيها على غير ما قدمناه وقال الشافعي يجوز أن تباع الثمرة على رؤس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق من جميع الناس ويجوز بيعها لجميع الناس والدليل على ما نقوله ما روى بسر بن مسلمة عن سهل بن أبي حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرية ان تباع بخرصها فيأكلها أهلها رطبا وجه الدليل انه استثنى من منع ذلك بيع العرايا بغير الدنانير والدراهم وهذا يدل على انه منع يختص بالعرايا جوازه والشافعي يجوزه في أنواع الثمار لأن كل ما يكون من المسمى عنده عرايا اذا كان البيع اعراء وجاز من كل أحد فتبطل فائدة التخصيص واستثناء الرخصة من المنع ووجه آخر وهو انه عم المنع واستثنى من تلك الرخصة أهل العرية وهم أرباب النخل فوجب اختصاص هذا الحكم بهم وبقى الباقون على حكم المنع ودليلنا من جهة القياس أن هذا بيع التمر بالتمر فلم يجز الا لدفع ضرر الشركة أصل ذلك اذا كان مجدودا ودليل ثان وهو أن المعرفة بالتماثل أمكن بالكيل منه بالخرص لان الخرص انما يستند الى الكيل وقد ثبت وتقرر انه لا يجوز ذلك بالكيل اذا كان مجدودا فبان لا يجوز خرصا أولى وأحرى (مسئلة) ومن كان له في حائط غيره أصل شجرة فهل يجوز له أن يبيع منه ثمرتها بخرصها تمرا قال ابن القاسم وابن الماجشون ذلك جائز واختلفوا في توجيه ذلك فقال ابن القاسم ان كان لضرر الشركة فلا يجوز لأنه لم يعره شيأ وان كان على وجه المعروف وان يكفيه مؤنة العمل فذلك جائز وهو قول مالك وقال ابن الماجشون ولا يجوز شراء ثمرة بخرصها كيلا الا لدفع ضرر الشركة وعلى هذا يجوز في هذا الموضع للتخفيف وليس بالقياس (مسئلة) ومن أعرى جميع حائطه فهل له أن يشترى ثمرته بخرصه قال ابن القاسم ذلك جائز وقال ابن الماجشون ليس له ذلك وكذلك اختلف في شراء بعض عريته فجوزه ابن القاسم ومنعه ابن الماجشون ولو أعرى جماعة مشتركون في حائط رجلا ثمرة نخل منه فأراد واحد منهم أن يشترى منه عريته فلا يجوز عند ابن الماجشون لأن ضرورة الشركة بالدخول والخروج لا ترتفع بذلك وجوزه ابن القاسم للارفاق وكفاية المؤنة ولو أعرى رجل جماعة جاز له أن يشترى من بعضهم عريته لأنه قد يستضر بذلك ويتحفظ منه دون غيره وقد يجوز أن يخصه بالارفاق دون غيره

(الباب الثالث في بيان ما يصح ذلك فيه من الثمار)

عن مالك فيه روايتان احداهما انه لا يجوز الا في النخل والعنب وبه قال الشافعي والثانية يجوز في كل ما ييبس ويدخر من الثمار كالجوز واللوز والتين والزيتون والفستق رواه ابن المواز وهو في المبسوط من رواية ابن القاسم عن مالك ووجه الرواية الاولى ان هاتين الثمرتين يختصان بالأكل حال الارطاب وقبل اليبس مما يتأتى فيه الخرص ووجه الرواية الثانية أن هذا مما ييبس ويدخر فثبت فيه حكم العرية كالتمر وأما الزيتون على هذه الرواية فقد قال أشهب اذا كان ييبس ويدخر جاز ذلك فيه بخرصه ومعنى ذلك عندى أن يوضع على حالة يدخر عليها لأنه لا ييبس ويدخر على غير ذلك الوجه ويكون أجل بيعه الى أن يمكن عمله بعد القطاف وكذلك العنب الى أن يمكن تزبيبه بعد القطاف لأنه لا يكون زبيبا الا بالتزبيب بعد القطاف وأما التين فان أوقاته تتفاوت في ذلك لأنه من أول أمره شرع في تيبيسه فله أن يدفع خرصه منه دون شرط يكون بينهما في ذلك (مسئلة) فان كان عنبا لا يتزبب أو نخلا لا يتتمر فعلى اشتراط اليبس يجب أن لا يجوز ابتياع عريته لأنه اذا شرط أن يعطيه تمرا فاما أن يشترط أن يعطيه من صنف غيره وذلك لا يجوز وقد قال أصبغ فيما لا ييبس من الفواكه لا يجوز للمعرى أن يبيعه من معريه بخرصه نقدا ولا الى جداده ولو

أجيز ذلك بدياقي كل عرية لم أره خطأ وان كنت أتقيه . ومعنى ذلك والله أعلم أن يباع أول ما يبدو صلاحه بخرصه من جنسه يؤديه اليه عند تكامل طيبه لأنه يستضر بدخوله اليه من وقت بدو صلاحه الى تكامل طيبه وكذلك يحمل عن المعرى عمله في تلك المدة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وانما يباع بالتمر الى الجداد ولا يباع بالرطب نقدا ولا الى أجل لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ارخص في بيع العرايا بخرصها تمرا ولا يجوز أن تباع بغير نوعها فان كانت العرية برنيا لم يجز أن يشترط صيحانيا ولا عجوة ولا أدنى ولا أفضل ولا يعين ذلك في ذلك الحائط ولا في غيره فان عين ذلك في حائط بعينه ففي المبسوط ان فعل أراه جائزا ويكون عليه ماضمن للمعرى في ذمته الى الجداد يعطيه من حيث شاء والظاهر من مذهب ابن القاسم أنه لا يجوز ويفسخ العقد

(الباب الرابع في بيان مقدار ما يجوز بيعه من العرية على الوجه الذى ذكرناه)

ونحن نبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى ص ﴿ مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ارخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق يشك داود قال خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق ﴾ ش قوله ارخص في بيع العرايا بخرصها يقتضي أن العرايا هي النخل المبيع ثمرها فيحتمل أن يريد به وأرخص في بيع ثمر العرايا فحذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه وهذا كثير في كلامهم ويحتمل أن يسمى التمر عرايا لما بينها وبين النخل التي هي حقيقة العرايا من التعلق ولو كانت صفة للمبيع لما صح هذا القول لأن الهاء في قوله بخرصها ترجع الى غير مذكور ولا معهود كما لا يجوز أن يقال منع من بيع المزابنة بخرصها لما كانت المزابنة صفة للمبيع ويجوز أن يقال ارخص في بيع العجوة بخرصها لما كانت العجوة صفة للمبيع

(فصل) وقوله فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق قصر النبي صلى الله عليه وسلم هذا الحكم على هذا المقدار من التمر كما قصر الزكاة على نصاب خمسة أوسق فما زاد ويجوز أن يكون حكم الزكاة يختص الرفق فيه بأرباب الاموال بترك الزكاة فيما دون خمسة أوسق لأنها تضعف عن المواساة غالبا وكذلك في مسئلتنا اختص هذا الحكم بهذا القدر للرفق لأن هذا القدر الذى جرت العادة باعرائه ولا يكاد أن يزيد عليه الا الشاذ النادر الذى تتكرر به المشقة ولا يبلغه بالاعراء الا من له الحوائط الكثيرة التي تشغله بالعمل ولا يلحقه الضرر بالاعراء من بعض حوائطه (مسئلة) وشك داود بن الحصين في المقدار بين الخمسة أوسق وبين ما دونها ولم يرو هذا الحديث من طريق صحيح أحد غيره وقد عول عليه جميع الفقهاء وأخرجه أصحاب الصحيح وعن مالك في تحديد ذلك روايتان روى عنه أبو الفرج عمرو بن محمد ان ذلك لا يجوز الا في أقل من خمسة أوسق وروى عنه المصريون انه يجوز في خمسة أوسق دون ما زاد عليها وجه منعه اياه في الخمسة أوسق ان هذا الحكم خص باللفظ العام في النهى عن المزابنة وبيع الثمرة فوجب أن يثبت التخصيص بما تيقن منه دون ما لم يتيقن والذى تيقن منه دون خمسة أوسق والخمسة مشكوك فيها فلا يقع بها تخصيص لفظ عام ثابت ووجه الرواية الثانية ان الحدود وضعت لتبيين المحدود وتمييزه من غيره فيجب أن يكون في نهاية البيان ويتعلق بالالفاظ التي لا اشتراك فيها والا لم يقع التحديد بها وما دون خمسة أوسق لفظ مشترك لا يختص بمقدار ما فلا يجوز أن يكون حدا بين ما يجوز وما لا يجوز وأما خمسة أوسق فمختصة بمقدار تما فكانت أولى بأن تكون حدا (فرع) فاذا خرصت عرية فكانت أقل من خمسة فلما جدها وجد فيها أكثر من خمسة أوسق ففي المدنية من رواية صدقة بن حبيب عن مالك ان الفضل لصاحب

* وحدثني عن مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق يشك داود * قال خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق

العرية ولو وجد منه أقل مما خرص عليه ضمن له الخرص وهذا اذا كان له مفردا ولو خلطه قبل أن يكيله لوفاه ما ضمنه ولم تمكن عليه زيادة ولا نقصان ص ﴿قال مالك وانما تباع العرايا بخرصها من التمر يتحرى ذلك ويخرص في رؤس النخل وليست له مكيلة وانما ارخص فيه لانه أنزل بمنزلة التولية والاقالة والشركة ولو كان بمنزلة غيره من البيوع ما أشرك أحد أحدا في طعام حتى يستوفيه ولا اقاله منه ولا ولاه أحدا حتى يقبضه المبتاع﴾ ش وهذا كما قال ان العرية لا تباع على شرط التبقية الا بخرصها تمرا ولا يجوز أن تكون بسرا ولا رطبا وقد تقدم ذكره ولا يجوز أن تباع بغير جنسها من الطعام ولا بغيره الا بعد الجداد لان التخلية بينه وبينها ليست بقبض لها بدليل ان الجائحة تثبت في الثمرة بعد تخلي البائع عنها الى المبتاع وهي في أصل شجره ويجب على البائع سقيها فلو كان ذلك قبضا لكانت من ضمان المبيع ويجوز أن يباع بالذهب والورق وغير ذلك من العروض

(فصل) وقوله ويجوز بيعها بخرصها من التمر يتحرى ذلك في رؤس النخل وليست له مكيلة يريد ان ذلك يجوز فيها للحاجة اليه ولتعذر الكيل فيها ما دامت في رؤس النخل وهو الوجه الذي يباع عليه وانما ارخص فيه لذلك كما ارخص في الاقالة والشركة والتولية فيجوز فيها لما فيه من المعروف ما لا يجوز في غيرها من العقود من بيع الطعام قبل استيفائه

﴿الجائحة في بيع الثمار والزرع﴾

ص ﴿مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن انه سمعها تقول ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو أن يقيله فحلف أن لا يفعل فذهبت أم المشتري الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأتى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هو له﴾ ش قوله فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان يحتمل أن يريد حتى تبين له نقصان قيمته عن الثمن الذي اشتراه به ويحتمل أن يريد به حتى تبين له نقصان ثمره عما قدر فيه وذلك أيضا يحتمل وجهين أحدهما أن يتبين له من أمر الثمرة مع بقائها على ما كانت عليه حين ابتياعها من تقصيرها عما كان قدر فيها والثاني أن يتبين النقصان بجائحة طرأت عليها الا ان ادخال مالك لهذا الحديث في هذا الباب يدل على انه حمله على الجائحة وذلك انه أورد الجملة على تبين النقصان فالظاهر انه علة له والجائحة من باب النقصان فلذلك أنكر على من تألى أن لا يضعها

(فصل) وقوله فأتى رب الحائط وسأله أن يضع عنه أو يقيله يحتمل وجهين أحدهما انه سأله ذلك على وجه الرغبة اليه وما جرت به العادة أن يستوضع الناس بعضهم بعضا عند المتاجرة فذلك لا بأس به رواه ابن المواز عن مالك وروي عنه أيضا انه قال غيره أحسن منه وجه اباحته ان الارفاق معروف فكان مباحا للغني والفقير كاستعارة الثوب والدابة ووجه استحسان غيره ما فيه من السؤال والخضوع والامتهان لمخلوق في غرض دنيا لا تدعو اليه حاجة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم اليد العليا خير من اليد السفلى وكذلك ان قال له ان وضعت عني والا خاصمتك قال أصبغ أو يقول ان وضعت عني والا وجدت عيبا فان هذا ممنوع منه (مسئلة) والثاني أن يكون انما سأله أن يضع عنه بقدر الجائحة التي تثبت له على وجه استدعاء الحق على وجه الرغبة وقوله فحلف أن لا يفعل يجب

قال مالك وانما تباع العرايا بخرصها من التمر يتحرى ذلك ويخرص في رؤس النخل وليست له مكيلة وانما ارخص فيه لأنه انزل بمنزلة التولية والاقالة والشرك ولو كان بمنزلة غيره من البيوع ما أشرك أحد أحدا في طعام حتى يستوفيه ولا أقاله منه ولا ولاه أحدا حتى يقبضه المبتاع

﴿الجائحة في بيع الثمار والزرع﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن انه سمعها تقول ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو أن يقيله فحلف أن لا يفعل فذهبت أم المشتري الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هو له

أن يكون ممنوعا على وجهين سأله التخفيف عنه على وجه المعروف أو سأله أن يسقط عنه ما يجب عليه اسقاطه من الجائحة

(فصل) وقوله فذهبت أم المشترى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتمل انها مضت تتشفع بالنبي صلى الله عليه وسلم حين امتنع من الوضيعة على حسب ما فعل جابر حين اشتد عليه الغرماء، ويحتمل انها أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجه الاستفتاء والاستعلام لما يجب لابنها وعليه فيما قضت عليه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيرا انكار لحلفه على مثل هذا وتدبر لما ... ل يمينه أو حلفه وليس فى ذلك ما يقتضى الحكم للمشترى بجائحة ولا غيرها وانما فيه انكار لحلفه أن لا يفعل خيرا فان كان بعد هذا يتقرر من قولهما ما يوجب الحكم عليه حكم عليه بوضع الجائحة وان تقرر من قولهما ما لا يوجب الحكم عليه فتأليه على أن لا يفعل خيرا ثابت فى نفسه

(فصل) وقول البائع لما بلغه قول النبي صلى الله عليه وسلم هو له اقلاع عما أتاه من الحلف على أن لا يضع من المبتاع شيأ بالغ فى الاقلاع والتوبة والرجوع الى مراد النبي صلى الله عليه وسلم والمسارعة الى ما تبين له من مذهبه بأن وضع عنه أو أقاله قال مالك فى العتبية فى قوله هو له لا أدرى الوضيعة أو الاقالة وكذلك كانوا رضى الله عنهم سراعا الى امتثال أوامره واجتناب نواهيه ولذلك كانوا خير أمة أخرجت للناس واختارهم الله لصحبة نبيه ونصرته رضى الله عنهم أجمعين ص ﴿مالك انه بلغه ان عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجائحة قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا﴾ ش قوله قضى بوضع الجائحة الجائحة اسم لكل ما يجيح الانسان وينقصه الا أن هذا له عرف فى الشرع واللغة فاذا أطلق فهم منه فساد الثمرة وهو الذى وضع عمر عن المبتاع قدره من الثمن وبهذا قول مالك اذا كانت الجائحة أذهبت ثلث الثمرة فأكثر وقال أبو حنيفة جميع ذلك من المشترى وبه قال الليث والشافعى فى الجديد والدليل على ما نقوله ما أخرجه مسلم من حديث أبى الزبير عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ودليلنا من جهة القياس ان هذه ثمرة أصابتها جائحة قبل أن تستغنى عن أصلها فجاز أن يرجع بها على البائع أصله اذا كان ذلك بعطش (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان دعا البائع الى رد الثمرة اليه ان لم يرض المبتاع بالمتاركة لم يكن له ذلك ووضع الجائحة عن المشترى قاله مالك فى المختصر الكبير ولو شرط البراءة من الجائحة البائع لم ينفعه ذلك ووضع الجائحة قاله مالك فى كتاب ابن المواز ووجه ذلك ما ذكرناه من اشتراط نقل الضمان عن محله اذا كان له عرف لا يؤثر فى نقله ويصح العقد دونه * اذا ثبت ذلك فان فى الجوائح ثلاثة أبواب * الباب الاول فى تبيين ما يكون من المتلفات جائحة * والباب الثانى فى تبيين ما يوضع فيه الجائحة * والباب الثالث فى مقدار ما يكون من ذلك جائحة

(الباب الاول فى تبيين ما يكون من المتلفات جائحة)

اختلف أصحابنا فى معنى ما يوضع من الجوائح فعند ابن القاسم ان ما لا يستطاع دفعه وان علم به فانه يكون جائحة ولا يستطاع دفعه ان علم به فلا يكون جائحة كالسارق قاله فى كتاب ابن المواز وهو مذهب ابن نافع فى المدونة وروى عن ابن القاسم فى المدونة ان كل ما أصاب الثمرة بأى وجه كان فهو جائحة سارقا كان أو غيره وقال مطرف وابن الماجشون لا يكون جائحة الا ما أصاب الثمرة من أمر

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجائحة * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا

السماء من عفن أو برد أو عطش أو فساد بحر أو برد أو بكسر الشجر وأما ما كان من صنع آدمي فليس بجائحة فوجه رواية ابن المواز عن ابن القاسم ما احتج به له ان السارق لو علم به لأمكنه دفعه فلا يكون ذلك جائحة لان المبتاع حينئذ مفرط في حفظ الثمرة ومضيع لها فكان ذلك منه ووجه رواية سحنون عنه انه من ضمان البائع فعلى أي وجه تلفت كان ذلك جائحة توضع عن المشتري لان ما تلف لم يسلم اليه ووجه الرواية الثانية أن الثمرة في يد المبتاع فسلمها اليه البائع على نهاية ما يمكنه من التسليم فليس عليه حفظها له ولا ضمان عليه فيها الا ما كان في جهة الأصل لاستحقاقه عليه السقي الى تناهي نضجها وكمال صلاحها ولو كان يضمنها بالسارق والعطش لكان عليه حفظها وذلك لا يقوله أحد (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الجائحة على ضربين جائحة من قبل الماء وجائحة من قبل غير الماء فأما الجائحة من قبل الماء فان كانت من قبل العطش فقد قال مالك في الواضحة يوضع قليل ذلك وكثيره كانت شرب مطر أو غيره وكذلك قال ابن القاسم ووجه ذلك أن هذه منفعة من شرط تمامها السقي فوجب أن يوضع عن المشتري قليلها وكثيرها كمنفعة الارض المكتراة والفرق بينها وبين سائر الجوائح أن سائر الجوائح لا تنفك الثمرة من يسيرها وهذه تنفك الثمرة من يسيرها فالمشتري داخل على السلامة منها ولم يدخل على سلامتها من يسير العفن والأكل وأما الجائحة بكثرة المطر فهو نوع من العفن فكان حكمه حكم سائر العفن يصح كثيره دون قليله

(الباب الثاني في تبيين ما توضع فيه الجائحة)

أما ما يعتبر به في وضع الجائحة فانه يرجع الى معنيين أحدهما جنس الثمرة والثاني معنى يقترن بها فأما جنس الثمرة فهو كل بيع يحتاج الى بقائه في أصله وحاجته الى ذلك تكون على ضربين أحدهما لانتهاء صلاحها وطيبها كثمرة النخل والعنب اذا اشترى عند بدو صلاحه وكثمرة التفاح والقثر والبطيخ والورد والياسمين والفول والجلبان والثاني يحتاج اليه لبقاء رطوبته ونضارته كثمرة العنب اشتريت بعد انتهاء طيبها وكالبقول والقصيل والأصول المغيبة من الجزر والسلجم والبصل والثوم فأما ما يحتاج الى بقائه في أصله لتمام صلاحه فلا خلاف عندنا في وضع الجائحة فيه وأما ما لا يحتاج الى بقائه في أصله لتمام صلاحه ولا لبقاء نضارته كالتمر اليابس والزرع فلا خلاف في أنه لا يوضع فيه جائحة لان تسليمه قد كمل بتخلي البائع عنه الى المبتاع لانه ليس له في أصله منفعة مستثناة يستنظر استيفاءها فصار ذلك بمنزلة الصبرة الموضوعة في الأصل وأما ما يحتاج الى بقائه في أصله لحفظ نضارته كالعنب يشترى بعد تمام صلاحه وكالقصيل والبقول والقصب والقرط والأصول المغيبة فقد اختلف أصحابنا في مسائل يجب ردها الى أصل واحد فروى ابن القاسم في المدنية ان من اشترى التمر في رؤس النخل قد طابت طيبا بينا فأصابتها الجائحة فليس على البائع من ذلك شئ لانه مثل ما في الخراز وروى أصبغ عن ابن القاسم انه سئل عن قصب السكر فقال لا توضع فيه جائحة لانه لا يباع حتى يتم وقال سحنون اذا تناهى العنب وآن قطافه حتى لا يترك تارك الا لسوق يرجوه أو لشغل يعرض له لم توضع فيه جائحة وروى سحنون عن ابن القاسم في قصب السكر والخرز وسائر البقول والقصيل الجائحة وبه قال ابن عبد الحكم وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فيمن اشترى فاكهة أو رطبا فطابت وأخرها رجاء النفاق فاصابتها جائحة ولو عجل بها لم تصبها جائحة قال يوضع عنه الثلث وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ذلك على البائع ما لم تيبس الثمرة فعلى رواية أصبغ عن ابن القاسم لا يراعى حفظ نضارته وانما يراعى تكامل صلاحه ويجب

أن يجرى هذا المجرى كل ما كان هذا حكمه كالقصيل والقصب والبقول والقرط فلا توضع جائحة في شئ من ذلك وعلى رواية سحنون توضع الجائحة في جميعه وجه رواية أصبغ ان الضمان بجائحة الثمرة انما يلزم البائع ما بقي عليه فيها من حق التوفية لان ما يلزمه من تمام صلاح الثمرة لم يوجد فلا يصح تسليم الثمرة الا بعد وجوده فاذا وجد كمال الصلاح بعد تسليم الثمرة سقط عنه الضمان وما يرجوه المبتاع من حفظ رطوبته ونضارته ببقائه في أصله فذلك حفظ لمبيع قد وجد وليس على وجه الانتظار لمبيع لم يوجد ألا ترى أن من باع منه قمحا فكاله عليه في ليل أو وقت لا يمكن نقله فان المبتاع يبقى الطعام في موضعه حفظا له الى أن يمكن نقله ومع ذلك فان البائع لا يكون ضامنا له ووجه الرواية الثانية أن بقاء الثمرة في الأصل لحفظ رطوبتها ونضارتها وجه مقصود معتاد وعليه ابتاع المبتاع لان في جد الثمرة جهة فساد لان ذلك يتلف رطوبتها ولا يمكن أكلها على المعهود الا شيأ بعد شئ ولا يتأتى بيع جميعها وجده جملة في الغالب فنقول ان الثمرة مبقاة في الأصل لمعنى معتاد مقصود فثبت فيها الحكم بالجائحة كالمبقاة لتمام الصلاح ولذلك استويا في وجوب السقي على البائع فان أخرها المبتاع عن المعتاد من حالها فأجيحت بعد ذلك فهي منه وانما اختلف في وضع الجائحة في البقول لاختلاف قول أصحابنا في هذا الأصل فعلى القول الأول لا توضع فيه جائحة وعلى القول الثاني توضع فيه الجائحة والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالبقل من هذا النوع الذي توضع فيه الجائحة على وجه البيع المحض مفردا عن أصله والجائحة توضع فيه فأما ما كان مهرا في نكاح فاختلف أصحابنا فقال ابن القاسم لا جائحة فيه وقال ابن الماجشون فيه الجائحة وجه قول ابن القاسم ان هذا عقد لا يقتضي المغابنة والمكايسة وانما يقتضي المواصلة والمكارمة ووضع الجائحة ينافي ذلك ووجه قول ابن الماجشون ان هذا عقد ثبت فيه الرد بالعيب فثبت فيه وضع الجائحة كالبيع المحض (مسئلة) ومن اشترى عرية فقد قال مالك وابن القاسم وابن وهب توضع فيها الجائحة وقال أشهب لا توضع فيها جائحة ووجه ذلك ان هذه ثمرة يضمنها بخرصها تمرا الى الجداد فسقط عنه ذلك بالجائحة كالزكاة ووجه قول أشهب انه اشتراها لدفع الضرر وهذا اذا كانت العرية نخلا معينة وان كانت أوسقا من حائط فلم يبق الا مقدار تلك الأوسق لزم المبتاع أداؤها بمنزلة من أوصى بثمرة حائطه لانسان ولآخر منه بخمسة أوسق فتلفت الثمرة الا خمسة أوسق فان جميعها له دون من أوصى له بسائر الثمرة قاله في المبسوط (مسئلة) ومن باع ثمر حائطه واستثنى منه أصوعا مقدرة فأجيحت فقد روى ابن القاسم وأشهب عن مالك توضع من العدد المستثنى بقدره وقال ابن القاسم في المدنية ان قصرت الجائحة عن الثلث لم يوضع من المستثنى شئ وان بلغت الثلث وضع عن المبتاع مما استثنى البائع بقدر ما يوضع عنه من ثمن الثمرة قال ابن القاسم وهذا بخلاف الصبرة يبيعها ويستثنى منها كيلا يكون الثلث فأدنى فتهلك الصبرة الا ما استثنى البائع منها فان ذلك له دون المبتاع والله أعلم وروى عنه ابن وهب لا يوضع من العدد المستثنى قليل ولا كثير أجيح أكثر الثمرة أو أقلها * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي مبني على ما يقتضيه اختلاف قول مالك في المستثنى من الثمرة كيلا فعلى ما يقتضيه قوله من أن المستثنى يتناوله البيع وارتفع بعد ذلك بعقد الاستثناء فلا جائحة فيه لان البائع ابتاع من المشتري ما استثناه من عدد الأوسق فوجب أن يكون استثناؤه مقدما في ثمرة أو حائط ولو لم يبق من الحائط غير ذلك وعلى ما يقتضيه قوله ان المستثنى لم يتناوله البيع وانما ابقاه الاستثناء على ملك

البائع فان ذلك قد صار به البائع شريكا للمبتاع فوجب أن تكون الجائحة بينهما على قدر مال كل واحد منهما من ثمرة الحائط والله أعلم

(الباب الثالث فى تبيين مقدار الجائحة التى توضع)

وجملته ان المبيع من هذا الجنس على ثلاثة أنواع ثمار التين والتمر والعنب وما جرى مجراها من الجوز واللوز والتفاح فهذه يراعى فى جوائحها الثلث فان قصرت الجائحة عن الثلث لم يوضع عن المشترى منها وان بلغت الثلث وضع عنه جميعها ونوع البقول وهو سائر أنواع البقول والأصول المغيبة مما الغرض فى أعيانها دون ما يخرج منها وقد تقدم من قولنا ان فيها روايتين احداهما نفى ذلك جملة والثانية اثباتها فاذا قلنا باثبات حكم الجائحة فيها فهل يعتبر فيها الثلث أم لا روى ابن القاسم عن مالك أن الجائحة توضع فيها قليلها وكثيرها بلغت الثلث أو قصرت عنه وفى المدنية عن ابن القاسم عن مالك الا أن يكون الشئ التافه وروى على بن زياد عنه لا يوضع من جائحتها الا ما بلغ الثلث وجه رواية ابن القاسم ان البقول لما لم يجز بيعها الا عند جدها وجب أن يستوى فى قليل ما يتلف منها وكثيره كالمكيل والموزون ووجه رواية على بن زياد ان هذا مبيع ثبت فيه حكم الجائحة فاعتبر فيها الثلث كالثمرة ونوع ثالث يجرى مجرى البقول فى أن أصله مبيع مع ثمرته ويجرى مجرى الأشجار فى أن المقصود منه ثمرته كالقثاء والبطيخ والقرع والباذنجان والفول والجلبان فهذا روى ابن القاسم وجميع أصحابنا ان الثلث يعتبر فى جائحتها وقال أشهب فى كتاب ابن المواز المقاثئ كالبقل توضع الجائحة فيها قليلها وكثيرها دون اعتبار ثلث وجه رواية ابن القاسم ان المقصود من البيع الثمرة فوجب أن يكون حكمها حكم الثمرة ووجه قول أشهب ان هذا نبات ليس له أصل ثابت فلم يعتبر فيه بالثلث كالبقول (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان كان المبيع من الثمار فى عقد واحد أجناسا مختلفة عنبا وتينا ورمانا وسفرجلا وياسمينا ووردا فأصيب جنس منها بجائحة وسلم سائرها فان جائحة كل جنس من ذلك معتبر بنفسه ان بلغت ثلثه وضعت وان قصرت عنه لم توضع رواه ابن حبيب عن مالك وروى ابن المواز عن أصبغ ان جائحة المصاب معتبرة بالجملة سواء كان ذلك فى حائط واحد أو حوائط مختلفة ووجه قول مالك ان الجائحة انما يعتبر فيها الثلث ليتميز ما ليس بجائحة من الأمور المعتادة فاذا بلغ ثلث هذا الجنس ثبت انه جائحة ووجب وضعها ولو اشترى رجل حوائط كثيرة من جنس واحد فأصابت الجائحة حائطا منها لاعتبر ثلث الجملة وبهذا تعلق أصبغ فى اعتبار ثلث الجملة والأجناس (فرع) وكيف يكون الاعتبار بالثلث أما على قول أصبغ فيعتبر بثلث الجملة فى الأجناس المختلفة وصفة العمل فى ذلك أن ينظر الى قيمة الجنس الذى أصابته الجائحة من سائر الأجناس فان كانت قيمته ثلث الجملة حكم بجائحته ولا يعتد بثلث الثمرة اذا ذهب الجنس كله فان ذهب بعضه فان ابن القاسم ينظر الى الجنس الذى أصيب وان كانت قيمته بقدر ثلث قيمة الجملة فان أصيب ثلث ثمرته حكم بالجائحة وان أصيب أقل من ثلث الثمرة فلا جائحة فيه وان كان ذلك الجنس أقل من ثلث الجملة فى القيمة فلا جائحة فيه وان أصيب جميعه وقال أصبغ انما ينظر فى ذلك كله الى ثلث القيمة فان أصيب من الجنس الواحد ما يفى ثلث قيمة الجملة فهى جائحة وان كان أقل من ذلك فليست بجائحة ووجه قول ابن القاسم ان التقويم يحتاج اليه فى اختلاف الأجناس فاذا كان النوع واحدا ورجع الى الاعتبار به فالاعتبار بقدر الثمرة كما لو كانت مفردة ووجه قول أصبغ ان الاعتبار يجب أن يكون بقيمة الجملة أو بقدر ثلث الثمرة الجاحة وأما ان يعتبر

الأمران جميعا فذلك خلاف الأصوب (مسئلة) وان كان المبيع جنسا واحدا أو أنواعا مختلفة فأصيب نوع منها فلا خلاف بين أصحابنا في أن الاعتبار بثلث جميع المبيع وهل يعتبر بثلث قيمته أو ثلث الثمرة روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم وعبد الملك أن الاعتبار بثلث الثمرة وروى عن أشهب أن الاعتبار بثلث القيمة وأما ان كان نوعا واحدا فانه على ضربين أحدهما أن يحبس أوله على آخره كالتمر والعنب فهذا لا خلاف في المذهب أن الاعتبار في جائحته بثلث الثمرة وان كان مما لا يحبس أوله على آخره كالقثاء والبطيخ والخوخ والتفاح قال ابن حبيب وابن المواز والرمان فهاهنا يعتبر ابن القاسم أيضا ثلث الثمرة وأشهب يعتبر بثلث القيمة وجه القول الأول ان الثلث انما اعتبر ليميز به النقص الذي يكون جائحة من النقص المعتاد الذي لا يكون جائحة وذلك لا يكون الا باعتبار ثلث الثمرة ووجه قول أشهب أن المقصود هو القيمة وبسببها يزيد الثمن وينقص وقد يكون اليسير من الثمر له معظم الثمن ولو أصيب اليسير منها وقليله كيسير الثمن يلحقه الضرر كما انه اذا أصيب الكثير منها ولا قيمة له لم يلحقه كثير ضرورة (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم نظرت الى ثلث الثمرة فان بلغته الجائحة وضعت عن المشترى وان لم تبلغ الاعشر القيمة وان قصرت عن ثلث الثمرة لم يوضع عنه شيء وان بلغت تسعة أعشار القيمة وان قلنا بقول أشهب نظر الى ثلث القيمة فان بلغته الجائحة وضعت عن المبتاع وان كانت لم تبلغ الاعشر الثمرة وان لم تبلغ ثلث القيمة لم توضع وان بلغت تسعة أعشار الثمرة ص ﴿ قال مالك والجائحة التي توضع عن المشترى الثلث فصاعدا ولا يكون فيما دون ذلك جائحة ﴾ ش وهذا كما قال ان الجائحة التي توضع هي ما بلغت ثلث الثمرة أو القيمة على ما تقدم وان قصرت عن ذلك في الثمار لم توضع عن المشترى وهو معنى قوله فلا يكون في ذلك جائحة وقال الشافعي يوضع قليل ذلك وكثيره في الثمرة وغيرها والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ان الثمار لا تنفك من ذلك ولا تسلم من يسير العفن وأكل الطير فهذا مما دخل عليه المشترى فلا يكون له الرجوع به ولو كان له الرجوع به لما صح بيع ثمر أبدا لانه لا يصح أن يسلم جميعها بوجه لان كل بيع يتعين فيه يتعذر فيه تسليم المبيع باطل ولما أجمعنا على صحة بيع الثمرة وصحة وضع الجائحة على أن الذي يوضع ما ينفك عنه غالبا تلف الكثير (مسئلة) فان أصابت الجائحة معظم الثمرة لزم المبتاع قيمتها بخلاف من اشترى صبرة طعام أو غيره فاستحق معظمها أو اشترى طعاما على الكيل فذهب معظمه قبل الكيل فانما لا يلزم المبتاع بقيته والفرق بينهما أن الجوائح معتادة لا تسلم الثمرة من يسيرها وكثيرها متكرر فيها فالمبتاع يدخل على الرضا بما بقى منها ولذلك لزمه النقد فيها ولو لم يلزمه الباقي لما جاز النقد فيها بالشرط وليس كذلك استحقاق الصبرة أو اتلاف بعض الصبرة المشتراة على الكيل فانه نادر والمبتاع لم يدخل عليه ولذلك جاز له النقد فيه

﴿ ما يجوز في استثناء الثمر ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد كان يبيع ثمر حائطه ويستثنى منه ﴾ ش قوله كان يبيع ثمر حائطه بيع ثمر حائطه على ثلاثة أضرب أحدها أن يبيع منه مكيلة معروفة والثاني أن يبيع الجميع على أن فيه كذا وكذا صاعا بالخرص والثالث أن يبيعه منه جزافا فأما بيع الأصوع منه فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى * وأما ان باعه على أن فيه كذا وكذا صاعا على التحرى فقد قال الشيخ أبو القاسم ذلك غير جائز قال القاضي أبو محمد لان التحرى فيه من باب

* قال مالك والجائحة التي توضع عن المشترى الثلث فصاعدا ولا يكون ما دون ذلك جائحة

﴿ ما يجوز في استثناء الثمر ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد كان يبيع ثمر حائطه ويستثنى منه .

الغرر وقاسه على الصبرة من الطعام لا يجوز بيعها على التحري على ان فيها عددا أصوع ووجه هذا عندي أن الاعتبار في مقدار ما يبيعه بالتحري والكيل يكثر به الغرر والخطر لاجتماعهما * وأما ان يبيعه جزافا فان ذلك جائز ولا خلاف فيه ووجه ذلك انه مرئي يتأتى فيه الحزر فجاز بيعه جزافا

(فصل) وقوله ويستثني منه يحتمل أن يريد به كيلا ويحتمل أن يريد جزأ شائعا ويحتمل أن يريد نخلات يختارها فأما استثناء الجزء الشائع منه فانه جائز ان كان أقل من النصف وان كان أكثر من النصف فالذي عليه مالك وأصحابه ان ذلك جائز أيضا وعبد الملك بن الماجشون لا يجيز استثناء الأكثر من الجملة بوجه وقد ذكرناه في أحكام الفصول ووجه قول مالك ان الغرض معلوم من ذلك عار من الغرر فوجب أن يصح لانه اذا قال له أبيعك هذا الحائط الا تسعة أعشاره فالمفهوم بعتك عشره وذلك جائز وهذا الخلاف انما يرجع الى اللفظ والله أعلم وأحكم وسيأتي الكلام على القسمين الباقيين ان شاء الله تعالى ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر ان جده محمد بن عمرو بن حزم باع ثمر حائط له يقال له الافرق بأربعة آلاف درهم واستثنى منه بثمانمائة درهم تمرا * ش قوله استثنى منه يريد من ثمره وقوله بثمانمائة درهم لا يخلو أن يكون استثنى منه جزأ شائعا على مثل هذا الغرر أو استثنى منه على كيل معلوم بسعر معلوم قدره فان كان استثنى منه جزأ شائعا فذلك ما قدمناه لانه استثنى منه الثلث الخمس وان كان استثنى منه على الكيل بسعر متقرر فيجوز أن يستثني منه قدر الثلث فأقل من الثمرة ولا ينظر الى الثمر لانه لو تقدر هذا بالثمر لجاز أن يستثني منه الأكثر وذلك غير جائز على ما سنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى ص * مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة ان أمه عمرة بنت عبد الرحمن كانت تبيع ثمارها وتستثني منها قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الرجل اذا باع ثمر حائطه له أن يستثني من ثمر حائطه ما بينه وبين ثلث الثمر لا يجاوز ذلك وما كان دون الثلث فلا بأس بذلك * وهذا كما قال ان مذهب أهل المدينة على ما ذكره ان من باع ثمرة حائطه جزافا فان له أن يستثني منه كيلا ما بينه وبين الثلث خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما لا يجوز أن يستثني منه قليلا ولا كثيرا والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك أن هذا استثناء لا يدخل غررا في المبيع فلم يمنع صحة العقد أصل ذلك اذا استثنى جزأ شائعا (مسئلة) وله أن يستثني ذلك بسرا أو رطبا أو تمرا قاله أصبغ ووجه ذلك أن المستثنى يبقى على ملك البائع فلا يفسده بقاؤه على ملك البائع لا يفسد للجهل بماله أصل ذلك سائر املاكه (مسئلة) وهذا اذا كان الحائط نوعا واحدا فان كان أنواعا كثيرة فاستثنى منه من كل نوع قدر ثلثه جاز ذلك وان استثنى من نوع من أنواعه أكثر من ثلثه الا انه أقل من ثلث الجملة روى في العتبية أشهب عن مالك له أن يستثني منه قدر ثلث الثمرة المبيعة ومنع من ذلك ابن القاسم وأشهب ورواه ابن المواز عن مالك وجه الرواية الاولى ان الاعتبار بثلث الحائط في الاستثناء لأن الغرر انما يبقى في الكيل دون القيمة ولا يبقى هذا أكثر من انه استثناء من أفضل أنواع الحائط وتلك صفة رضيها المبتاع لا تدخل غررا في الكيل والقدر فوجب أن يصح ووجه الرواية الثانية ان الغرض قد يكون في نوع منه ويشترى الجملة لاجله واذا استثنى منه كيلا أكثر من ثلثه أدخل غررا في المقصود من البيع وربما استثنى منه ما يقصر عنه جميعه (مسئلة) ولو باع منه صبرة طعام جزافا لكان حكمها في جواز استثناء ثلثها بالكيل ومنع ما زاد على ذلك حكم الثمرة وحكى القاضي أبو محمد عن ابن الماجشون انه لا يجوز أن يستثني من الصبرة قليلا ولا كثيرا كيلا ولا جزأ مشاعا قال ورواه عن مالك واحتج بذلك ان الجزاف انما جاز بيعه للضرورة لما يريد

* وحدثني عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر أن جده محمد بن عمرو بن حزم باع ثمر حائط له يقال له الافرق بأربعة آلاف درهم واستثنى منه بثمانمائة درهم تمرا * وحدثني عن مالك عن أبي الرجال محمد ابن عبد الرحمن بن حارثة أن أمه عمرة بنت عبد الرحمن كانت تبيع ثمارها وتستثني منها * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الرجل اذا باع ثمر حائطه ان له أن يستثني من ثمر حائطه ما بينه وبين ثلث الثمر لا يجاوز ذلك وما كان دون الثلث فلا بأس بذلك

البائع أن يزيل عن نفسه مشقة الكيل والوزن فاذا استثنى منجزأ فلا بد له من الكيل فلا يقصد الا المخاطرة فى قدر المبيع والفرق بين الصبرة والثمرة ان الثمرة لا يتأتى فيها الكيل والصبرة يتأتى فيها الكيل وهذا عندى يكون فيه قولان على حسب اختلاف القول فى استثناء المبتاع بعض الثمرة المأبورة مع الاصل و بعض الثمرة التابعة للدار المكتراة فهذا على تسليم هذه العلة زاد على منعها وقوله ان الجزاف فى البيع أصل فى نفسه لما قدمناه من تأتى الحزر فيه فلا يلزم ما قاله عبد الملك

(فصل) وقوله ما بينه و بين ثلث الثمرة لا يجاوز ذلك يريد ان استثناء ما زاد على قدر ثلث الثمرة بالكيل يكثر به الغرر فلا يجوز ذلك فان وقع ذلك فى المدنية عن عيسى يفسخ البيع فان كان المبتاع قد جدها وقد قبض البائع ما استثناه رد المبتاع كيل التمر الذى أخذ ان عرف كيله وان لم يعرف كيله فقيمته خرص ذلك لان هذا حكم ما يفسخ فيه البيع مما له مثل ص ﴿ قال مالك فأما الرجل يبيع ثمر حائطه ويستثنى من ثمر حائطه ثمر نخلة أو نخلات يختارها ويسمى عددها فلا أرى بذلك بأسا لان رب الحائط انما استثنى شيأ من ثمر حائط نفسه وانما ذلك شئ احتبسه من حائطه وأمسكه لم يبعه و باع من حائطه ما سوى ذلك ﴾ ش استثناء الرجل من حائطه فى البيع عدد نخلات يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يعينها وذلك لا خلاف فى جوازه لانه أوقع البيع على سائرها وهو معين والثانى أن يطلق القول فيقول أبيع منه هذا الحائط غير أربع نخلات أو خمس فهذا البيع جائز لان له وجها فى الصحة ومخرجا يتوجه اليه وذلك انه يكون شريكا بما استثناه من العدد فى عدد جميع الحائط فان كان استثنى خمسة والحائط خمسون كان له عشر الثمن مشاعا وان كان الحائط أربعين كان له ثمن الثمر وعلى هذا الحساب يكون شريكا (مسئله) وان كان البائع شرط اختيار ما استثنى منها فان كان استثنى الكثير لم يجز ذلك وان كان استثنى اليسير جاز ذلك عند مالك ومنع منه ابن القاسم وجه قول مالك ما احتج به من ان المستثنى ليس بمتنع فلا يفسد بغرر ولا شئ مما تفسد به البيوع ومعنى ذلك عندى ان ما يجوز فى اختياره من أن يأخذ شجرة ثم يتركها و يختار غيرها انما يفسدها ما انتقل الى المختار على غير وجه البيع أو كان باقيا على الملك فان ذلك لا يؤثر فيه ووجه قول ابن القاسم انه لا يجوز للبائع استثناء ما يختارها من الحائط لجواز أن يختار ثمرة ثم يتركها و يأخذ غيرها فيدخله التفاضل فى المطعوم ومثل هذا يجوز على البائع فى اختياره فيجب أن لا يجوز كما لا يجوز اختيار المبتاع (مسئلة) وان كان المبيع مما يجوز فيه التفاضل واشترط البائع اختيار عدد كثير منه لم يجز وان اشترط اختيار يسير منه جاز وجه ذلك أنه اذا اشترط الكثير ذهب بمعظم الجملة فدخل كثير الغرر فيما بقى منها أو الجهل بصفتها وتفاوت التغرير فيها فعاد ذلك بفساد العقد وان اشترط اليسير منها بقى معظم الجملة فقل الغرر فيها وتفاوت أمرها و يجوز من المبتاع الانتفاع على اختيار الكثير والقليل والفرق بينهما ان ما بقى للبائع بعد اختيار المبتاع ليس بمبيع فلا يؤثر فيه الجهل بصفة ولا كثير الغرر وما بقى للمبتاع بعد اختيار البائع هو المبيع ففسد البيع بكثرة الغرر وجهله بالصفة

﴿ ما يكره من بيع التمر ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل فقيل له ان عاملك على خيبر يأخذ الصاع بالصاعين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

* قال مالك فأما الرجل يبيع ثمر حائطه ويستثنى من ثمر حائطه ثمر نخلة أو نخلات يختارها ويسمى عددها فلا أرى بذلك بأسا لان رب الحائط انما استثنى شيأ من ثمر حائط نفسه وانما ذلك شئ احتبسه من حائطه وأمسكه لم يبعه و باع من حائطه ماسوى ذلك

﴿ ما يكره من بيع التمر ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء ابن يسار انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل فقيل له ان عاملك على خيبر يأخذ الصاع بالصاعين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

أدعوه لى فدعى له فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أتأخذ الصاع بالصاعين فقال يارسول الله لايبيعوننى الجنيب بالجمع صاعا بصاع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا * مالك عن ابن عبد الحميد بن سهيل بن عبد الرحمن بن عوف عن سعيد بن المسيب عن أبى سعيد الخدرى وعن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يارسول الله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتفعل ذلك بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا * ش وهكذا قال يحيى ابن عبد الحميد والرواة يقولون عبد الحميد وقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل يريد صلى الله عليه وسلم ان هذا حكم بيع بعضه ببعض واذا اختص هذا الحكم به لم يكن له حكم مباح غيره بمحرم التفاضل فلا خلاف فى ذلك فى الأربع المسميات البر والشعير والتمر والملح وقد ذكرت كلها فى حديث أخرجه مسلم من حديث أبى زرعة عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو ازداد فقد أربى الا ما اختلفت أوزانه وأخرجه من حديث عبادة بن الصامت فذكر الأربعة المذكورة وذكر معها الذهب والفضة وهذا الحديث وان كان فى اسناده بعض المقال فهذا المقدار منه قد تلقته الأمة بالقبول فوجب الحكم بصحته وذهب فقهاء الأمصار وجماعة الناس الى أن هذه المسميات أصول فى تحريم التفاضل لفروع لاحقة بها على اختلافهم فى اعيان تلك الفروع لاختلاف المعانى المتعدية اليها وذهب أهل الظاهر الى أن تحريم التفاضل مقصور عليها دون سائر المطعومات والدليل على تحريم التفاضل فى الاربعة قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا والربا الزيادة فوجب أن يكون التفاضل حراما فى كل شئ لحق العموم الا ما خصه الدليل

(فصل) اذا ثبت ذلك فاختلف الناس فى علة تحريم التفاضل فى الأربع المسميات فروى مالك عن سعيد بن المسيب أن العلة عنده الكيل أو الوزن فيما يؤكل أو يشرب وقال أبو حنيفة العلة فى ذلك جنس مكيل أو موزون وقال الشافعى علة ذلك انه مطعوم جنس فاختلفت عبارات أصحابنا فى ذلك فاختار القاضى أبو اسحق انه مقتات جنس ومذهب مالك فى الموطأ أن العلة الاقتيات والادخار للأكل غالبا واليه ذهب ابن نافع وان خالفه فى معنى الادخار للأكل على ما سنبينه ان شاء الله تعالى قال مالك فلا تجوز الفواكه التى تيبس وتدخر الا مثلا بمثل يدا بيد اذا كانت من صنف واحد وجىء على ما روى عن مالك أيضا أن العلة الادخار للاقتيات فلا يجرى الربا فى الفواكه التى تيبس لأنها ليست بمقتاتة ولا يجرى الربا فى البيض لأنها وان كانت مقتاتة فليست بمدخرة * قال القاضى أبو الوليد وهذا القول عندى أجرى على المذهب وعلى ما يتعلق به أصحابنا من الحديث فالخلاف بيننا وبين أبى حنيفة فى فصلين أحدهما اننا نراعى الاقتيات وهو لا يراعيه بل يعدى ذلك الى كل موزون والفصل الثانى اننا نعدى العلة الى قليل المقتات الذى لا يتأتى فيه الكيل وهو لا يعديها اليه ويجوز فيه التفاضل والخلاف بيننا وبين الشافعى فى فصل واحد وهو انه يعدى العلة الى كل مطعوم من السقمونيا وشحم الحنظل والادوية وغيرها ونحن نقصرها على ما يقتات من المطعوم ولنا فى الدلالة على ما قلناه طريقان أحدهما أن ندل على صحة ما ذهبنا اليه والثانى أن ندل على فساد ما ذهبوا اليه والدليل لنا على صحة ما ذهبنا اليه أن النبى صلى الله عليه وسلم نص

أدعوه لى فدعى له فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أتأخذ الصاع بالصاعين فقال يارسول الله لايبيعوننى الجنيب بالجمع صاعا بصاع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا * وحدثنى عن مالك عن عبد الحميد بن سهيل بن عبد الرحمن بن عوف عن سعيد بن المسيب عن أبى سعيد الخدرى وعن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يارسول الله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتفعل ذلك بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا

على التماثل فى الأربع المسميات على ما تقدم فى الحديث فلنا فيه دليلان أحدهما انه صلى الله عليه وسلم لما نص على أربعة أشياء مختلفة الاسماء والجنس علمنا أنه قصد الى ذكر أنواع الجنس الذى يجرى فيه الربا ولم يذكر الخبز والبطيخ ليستدل به على الفواكه الرطبة ولا ذكر السقمونيا ولا الطباشير ولا الاسارون لينبه به على الادوية ولا ذكر الجير ولا الرماد لينبه به على المكيل والموزون فكان الظاهر من ذلك أنها ليست من أنواع الجنس فان الجنس لا يخرج عن حكم الأربع المسميات التى نص عليها ووجه ثان وهو انه لا خلاف أنه قصد بذكر هذه الأربع المسميات الى التنبيه على علة الربا فيها فأتى بألفاظ مختلفة الجنس والمعنى وهذا يقتضى أن العلة أخص صفة توجد فيها ووجدنا التمر يؤكل قوتا ويؤكل حلاوة وتفكها فلولا اقتران الحنطة والشعير به لحقت به الحلاوات والفواكه خاصة ووجدنا الشعير يؤكل من أدنى الاقوات ويكون علفا فلولا اقتران الحنطة والتمر به لجاز أن يلحق به أدنى الاقوات خاصة دون أعلاها ولجاز أن يلحق به العلف من القضب والقرط ووجدنا الملح مما يصلح الاقوات ويطيبها فلولا اقتران القمح والشعير به لجاز أن يلحق به الاقوات المصلحة ولجاز أن يلحق به الماء والبقول التى يصلح بها الطبيخ ووجدنا البر أرفع الاقوات وما يقتات عاما فلولا اقتران التمر والشعير به لقصرنا حكمه على رفيع الاقوات ومنعنا الربا أن يجرى فى أدونها أو يجرى فى الارز وغيره مما لا يعم اقتياته ولو أراد عموم العلة لاكتفى باسم واحد منها لأنه لا خلاف ان كلما كثرت أوصاف العلة كانت أخص وكلما قلت كانت أعم وأما الدليل على ابطال ما قالوه ان كل جنس ثبت فيه الربا بعلة فان اختلاف الصفات عليه مع بقاء عينه لا يغير حكمه ولا يخرجه عن علته كالذهب والفضة وبيان ذلك أن الدنانير والدراهم لما ثبت الربا فيها بعلة الوزن عندهم وبعلة أنها أصول الاثمان وقيم المتلفات عندنا لم يزل حكم الربا عنها على أى وجه كانا من نقار أو تبر أو سكة أو صياغة جرت موزونة أو عددا ثم نظرنا فى الحنطة اذا طحنت وخبزت فانها لا تخلو من أحد أمرين اما أن يكون الربا ثابتا فيها أو غير ثابت فان كان ثابتا حصل ان اختلاف الصفات عليها أخرجها عن علتها فى الربا وأوجب أن يعلل الربا فيها بعلة أخرى وذلك مؤذن ببطلان العلة الأخرى وان كان غير ثابت وجب أن يكون اختلاف الصفات على الجنس الذى ثبت فيه الربا يسقط الربا عنه وذلك باطل باتفاق

(فصل) وأما الدليل على الفصل الثانى وهو ان الربا يجرى فى قليل الحنطة فهو ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال التمر بالتمر مثلا بمثل والحنطة بالحنطة مثلا بمثل والشعير بالشعير مثلا بمثل والملح بالملح مثلا بمثل وهذا عام ودليلنا من جهة المعنى ان كل جنس حرم التفاضل فى كثيره فانه يحرم فى قليله كالذهب والفضة ومما يختص بالشافعى ان علة الربا فى التفاضل لما تعلقت بالجواهر المعدنية تعلقت بأرفعها وهو الذهب والفضة دون أدونها وهو الرصاص والآنك والنحاس واذا تعلقت بالمطعوم وجب أن تتعلق بأرفعه وهو المقتات دون غيره (مسئلة) اذا ثبت ان العلة الاقتيات فان الحكم يقصر على كل مأكول مقتات دون ما يؤكل على وجه التفكه أو التداوى فيجرى الربا فى الحنطة والشعير والسلت والعلس والارز والدخن والذرة والقطنية والتمر والزبيب والعسل والسكر والزيت على اختلاف أنواعه واللحم واللبن وما يكون منه والملح والابزار والفلفل والكرويا وحب الكزبر والقرفة والسنبل والخردل والقرطم وفى كتاب محمد عن ابن القاسم وودك الرؤس وغير ذلك مما يقتات على اختلاف عادات البلاد فى ذلك واتفاقها (مسئلة) واختلف

أصحابنا في الشمر والانيسون والكمونين فقال ابن القاسم هي مما يجري فيها الربا لأنها من الأقوات وقال أصبغ لا يجري فيها الربا لأنها أكثر ما يستعمل على وجه التداوي وبه قال ابن المواز وجه ما قاله ابن القاسم ان الشمار والانيسون والكمون الاسود يستعمل في الخبز على معنى تطييبه وتحسين طعمه والكمون الابيض يستعمل في الطبخ كالفلفل ووجه قول أصبغ ان الخبز لا يستعمل فيه صناعة الابزار غالبا ولا يدخل فيه فلا تأثير لها في اصلاح القوت على الوجه المعتاد

(فصل) وأما من جعل من أصحابنا وصف العلة الادخار للأكل دون الاقتيات فانه يحرم الربا في الجوز واللوز والبندق والصنوبر والفستق وأنواع الفواكه كلها التي تدخر وبه قال ابن نافع وابن حبيب واختلفوا في الفواكه التي يقل ادخارها كالخوخ والرمان والاجاص وعيون البقر والموز مما يدخر وييبس ففي المدنية من رواية يحيى عن ابن نافع انه لا يجوز التفاضل فيها لانه يدخر وييبس وقال مالك في الموطأ انه يجوز التفاضل في الرمان زاد عيسى عن ابن القاسم في المدنية والخوخ والاجاص وعيون البقر لانه لا ييبس وان يبس لم يكن فاكهة واتفق مالك وابن نافع على ان البطيخ والخربز والقثاء والاترج والخوخ يجوز فيه التفاضل فوجه قول مالك ما احتج به من ان هذه التي نص عليها لا تيبس ولا تدخر غالبا ومنها ما لا ييبس بوجه كالموز وأما الرمان فان يبس خرج عن حكم الفاكهة وغيرها مما ييبس كالخوخ والاجاص والكمثرى فانه لا ييبس غالبا ولا تعلق الاحكام بما يندر وهذا على ما أصاب اليه ابن القاسم وأما على ما نص عليه مالك من الرمان فانه على ما قال ما ييبس منه لا يكون فاكهة فحكمه في الفاكهة حكم ما لا ييبس بوجه كالبطيخ والقثاء ووجه قول ابن نافع ان هذا انما لا يدخر للأكل ويبقى بأيدي الناس على حاله المدة من العام فجرى فيه الربا كالجوز وأما قوله مما يدخر فسائغ في جميع ما نص عليه وأما قوله وييبس فانه راجع الى غير الجوز ويحتمل أن يرجع الى الرمان بمعنى انه ييبس قشره الاعلى الحافظ لرطوبة الحب والله أعلم ويجب أن يلحق بهذه المسئلة المختلف فيها البرقوق والجراسيا فانهما ربيان على وجه ما ربب عليه الخوخ والكمثرى والتفاح والله أعلم ومن جعل العلة الاقتيات لم يجز الربا الا في كل مقتات مدخر وأما ما يكون مدخرا غير مقتات كالجوز واللوز أو مقتاتا غير مدخر كالبيض فلا يجري في شئ من ذلك الربا وعلى المذاهب الثلاثة فلا يجري الربا في الفواكه الرطبة من التفاح والرمان والكمثرى وعيون البقر والخوخ وان كان بعضها يدخر فليس ذلك بمعتاد فيها

(فصل) وقوله في الحديث فقيل له ان عاملك على خيبر يأخذ الصاع بالصاعين ظاهره ان تحريم التفاضل في ذلك لم يكن بعد فاشيا ولعله أن يكون ذلك بقرب حدوث هذا الحكم ولذلك لم يعلم به عامله ولا علم به من علم استجازة عامله للتفاضل فيه ولم ينكره ولا أنهاه الى النبي صلى الله عليه وسلم ولا شك انه لا يقدم على خيبر عاملا الا من يفقه ويعلم صلاح حاله ولذلك لم ينكره أصحابه على العامل حين علموا عمله به حتى سمعوا من النبي صلى الله عليه وسلم فأخبر وان العامل بخيبر يعمل به ولعل ذلك الوقت كان وقت ثبوت هذا الحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ادعوه لي ظاهره والله أعلم ليعلم منه ما تقدم من فعله في هذا الحكم وليبين له من محظوره في المستقبل فلما سأله عنه وأخبره انه كان من فعله وان الداعي له الى ذلك التفاضل التمر وانه لا يجد من يعطيه الجيد بالرديء مثلا لا نهاه عن فعله في المستقبل وبين له الطريق الى تحصيل غرضه من أخذ الجيد والخروج عن الردي بأن يبيع الجمع بالدراهم ويبتاع بها الجنيب ومن

يشق الله يجعل له مخرجا ولم يرد من طريق صحيح فى هذا الحديث بعينه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر العامل برد بيعه وان كان روى أمره بذلك فى بعض الاحاديث من حديث بلال من رواية مسروق عنه قال كان عندى تمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فوجدت تمرا أخير منه فاشتريت صاعا بصاعين فاتيت به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما هذا فقلت له اشتريته صاعا بصاعين فقال رده ورد علينا تمرنا وانما أخرج البخارى هذا الحديث من غير طريق صحيح وليس فيه هذه الزيادة رده ورد علينا تمرنا فان كان لم يؤمر بهذا برد بيعه فيحتمل أن يكون لم يؤمر به لانه كان بيعه قبل التحريم المسامع من يستحله ويرى استدامته من أهل الكتاب ألا ترى انه لو تعامل بذلك كتابيان ثم أسلم أحدهما بعد أن تقابضا فانه لا يرد شئ منه ولذلك لم يرد شيأ من بياعات من أسلم من المشركين ولا رجع النساء عليهم بمهورهن وان كان منها ما لا يصح أن يكون مهرا (مسئلة) وان اسلم أحدهما بعد قبض أحد العوضين وقبل قبض الثانى فكان الذى أسلم من له الفضل لم يأخذ له الا مثل ما أعطى ولا يجوز له أن يأخذ الربا والأصل فى ذلك قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ودليلنا من جهة السنة ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه وضع ربا العباس بن عبد المطلب (مسئلة) فان اسلم الذى عليه الحق فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما انه قال ان لم أوجب عليه الاما أخذ أخاف أن أظلم الذمى والثانية انه قضى عليه بأزاء ما بمثل أن يكون عليه دينار ان سلم اليه فيهما دينار فانه يقضى على المطلوب بالدينارين وقال ابن القاسم من أسلم منهما وجب اسقاط الربا وتراجعا غيره وجه ما قاله مالك ان تعاملهما حين العقد لم يمنعه الاسلام والذى له الحق مستديم استباحته لان الاعتبار بوقت العقد لا بوقت الاداء وما قاله ابن القاسم مبنى على أن يراعى وقت التعامل ووقت الاداء فهو فى وقت الاداء حكم بين مسلم وكافر فيجب أن يغلب فيه حكم الاسلام

(فصل) وان ثبت حديث بلال انه أمره بارد فيحتمل أن يكون فعل ذلك بعد ثبوت حكم التحريم وهكذا يجب أن يكون حكم ما وقع منه اليوم بين المسلمين سواء وقع ممن علم بتحريمه من المتبايعين أو أحدهما أو جهلاه جميعا

(فصل) وقوله فجاءه بتمر جنيب روى ابن حبيب عن عبد الملك الجنيب الكبيس وقال أبو الطاهر المصرى الجنيب الذى ليس فيه خلط والجمع المختلط وقال كراع فى المنظم الجنيب من التمر هو المتين ص ﴿ مالك عن عبد الله بن يزيد أن زيدا أبا عياش أخبره انه سأل سعد بن أبى وقاص عن البيضاء بالسلت فقال له سعد أيتهما أفضل فقال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سعد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن اشتراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا يبس فقالوا نعم فنهى عن ذلك ﴾ ش البيضاء هى المحمولة وهى نوع من الحنطة يكون بمصر والسمراء نوع آخر يكون بالشام وهى أفضل جودة من المحمولة فسؤال سعد أيتهما أفضل فى السلت بالمحمولة لا يخلو أن يريد به أفضل فى الصفة أو القدر وفى المدنية سألته عن كراهية سعد البيضاء بالسلت هل عليه العمل فقال مضت السنة أن لا بأس بذلك يدا بيد ومثلا بمثل فان كان المسؤل قد جاوب عما سئل عنه خاصة فقد حمل ذلك على التفاضل فى الصفة والأظهر عندى انه يريد والله أعلم أفضل فى القدر يعنى بذلك أكثر كيلا وفى هذا أمران أحدهما انه لا يخفى على سعد ولا غيره أن الحنطة أفضل عينا من السلت والثانى انه استدل سعد على ما نهاه عنه بنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الرطب

* وحدثنى عن مالك عن عبد الله بن يزيد أن زيدا أبا عياش أخبره أنه سأل سعد بن أبى وقاص عن البيضاء بالسلت فقال له سعد أيتهما أفضل قال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سعد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن اشتراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا يبس فقالوا نعم فنهى عن ذلك

﴿ ماجاء فى المزابنة والمحاقلة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا

بالتمر لاجل التفاضل ولو منعه من ذلك لجودة العين لما صح استدلاله بذلك ونهى سعد عن التفاضل فى السلت بالبيضاء يقتضى انهما عنده جنس واحد ولذلك أخذ حكمهما من منع التفاضل فى الرطب بالتمر وهذا مذهب مالك ان السلت والحنطة والشعير جنس واحد فى الزكاة وفى منع التفاضل وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأخذ سعد حكم السلت بالبيضاء من حكم النبى صلى الله عليه وسلم فى الرطب بالتمر دليل على قوله بالقياس وعلى هذا جماعة أصحابه فلا أعلم أحدا منهم يحفظ عنه قصة أو دعوى أو قضية الا وجميعها أو معظمها القياس

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن الرطب أينقص اذا يبس تعليم للقياس وتنبيه عليه لانه لا يخفى على أحد أن الرطب ينقص اذا يبس ولكنه صلى الله عليه وسلم أراد أن ينبههم بذلك على علة التحريم وهو التفاضل فى هذا الجنس بعضه ببعض وان رطبه وان كان فيه غرض لا يكون فى يابسه فانه لا يخرج بذلك عن جنسه ولا يجوز التفاضل بينهما لما ينفرد به أحدهما من الاسم أو بعض الأغراض اذا اتفقا فى معظمها ورأيت فى بعض الروايات عن أبى مصعب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن حوله أينقص الرطب اذا جف وذلك يقتضى انه أراد تعليم جميعهم وتقريرهم على أن علة المنع موجودة مسلمة باتفاق ولما قالوا نعم نهى عن بيع الرطب بالتمر فاقتضى ذلك منع التفاضل فيه ولذلك اعتبر نقصانه واقتضاه بمنع التساوى فيه ولذلك اعتبر النقصان بالجفوف أيضا وبهذا قال مالك والشافعى وجمهور الفقهاء وقال أبو حنيفة يجوز بيع الرطب بالتمر متساويا ودليلنا حديث سالم المتقدم عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا التمر حتى يبدو صلاحه وقال لا تبيعوا التمر بالتمر وحديث عبد الله بن عمر الذى يأتى بعد هذا من الأصل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا وهذا عام فيحمل على عمومه الا ما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس ان هذا جنس فيه الربا بيع منه مجهول بمعلوم فلم يجز أصله بيع الشيرج بالسمسم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان ما كان أصله الجنس الواحد فصار على صنفين مختلفين يختلف بهما اسمه والغرض منه فلا يجوز بعضه ببعض متساويا كالبلح الصغير بالكبير والرطب بالتمر لا يجوز شئ من ذلك بما خالف صنفه

(مسئلة) فأما بيع الرطب بالرطب متساويا فرآه مالك وأبو حنيفة ومنع منه عبد الملك بن الماجشون وبه قال الشافعى والدليل على ما نقوله ان كل جنس يجوز التساوى بعضه ببعض حال الجفوف فانه يجوز التساوى فيهما حال رطوبته كالجبن بالجبن والزبد بالزبد واللبن باللبن (مسئلة) فان كان التمر قد أنصف بأن يكون نصف التمر بسرا ونصف التمر قد أرطب فهل يجوز بيع بعضها ببعض

﴿ ماجاء فى المزابنة والمحاقلة ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا ﴾ ش قوله نهى عن المزابنة والمزابنة اسم لبيع التمر بالتمر والزبيب بالكرم ورطب كل جنس بيابسه ومجهول منه بمعلوم وذلك أن الرطب وان عرف كيله فى نفسه فلا يعلم قدره من التمر الذى يؤخذ عوضا منه ولعله أن يكون مأخوذا من الزبن وهو الدفع عن البيع الشرعى وعن معرفة التساوى وقال ابن حبيب الزبن والزبان هو الخطر والخطار

(فصل) وقوله والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا يقتضى أن يكونا مكيلين لانه حال أحدهما ويجوز أن

يكون تفسيرا من النبي صلى الله عليه وسلم ويصح أن يكون تفسيرا من الراوي الا أن الأظهر أنه من قول النبي صلى الله عليه وسلم لاتصاله بقوله وان كان من قول الراوي وهو ابن عمر فهو حجة لان هذا أمر طريقه اللغة وابن عمر حجة في ذلك وقد روى غير هذا التفسير فيه فروى زياد بن أيوب دلويه عن ابن علية عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة أن يبيع ما في رؤس النخل بتمر بكيل مسمى ان زاد فلي وان نقص فعلي والجواب انه قد ورد فيه التفسيران وما قلناه أصح لانه رواه عن مالك في تأليف مشهور جماعة يبلغون التواتر وروى التفسير الذي ذهبتم اليه زياد بن أيوب وقد رواه عن مالك من حديث أبي سعيد الخدري فيجب أن يكون البيعان ممنوعين فان اسم المزابنة واقع عليهما

(فصل) وقوله وبيع الكرم بالزبيب كيلا يريد العنب وسمى العنب كرما وان كان الكرم شجر العنب على سبيل المجاز والاتساع كما يسمى الشيء باسم ما جاوره أو كان منه بسبب وأما ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال فانما الكرم قلب المؤمن قال ابن الانباري انما سمى الكرم كرما لان الخمر المشروبة من عنبه تحث على السخاء وتأمر بمكارم الأخلاق فكره النبي صلى الله عليه وسلم أن يسمى أصل الخمر باسم مأخوذ من الكرم وجعل المؤمن أحق بهذا الاسم * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويحتمل عندي أن يكون معناه أن العنب وان كان فيه منافع ورزق وخصب لمن رزقه فان قلب المؤمن أكثر خيرا وأنفع لنفسه وللناس ولم يرد ذلك النهي عن أن يسمى الكرم كرما ولذلك لم ينقله الناس عن النهي ولا امتنعوا من تسمية شجر العنب كرما ولكنه انما أراد به تفضيل قلب المؤمن عليه كما قال صلى الله عليه وسلم ليس الشديد بالصرعة انما الشديد الذي يملك نفسه عند الغضب فهو الذي يظهر لي فيه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما بيع التمر بالتمر كيلا فانه متأت فيه وبه يعتبران جميعا وأما العنب بالزبيب كيلا فان ذلك غير متأت فيه الا الوزن ولا يباع العنب كيلا بوجه ويحتمل أن يريد بذلك صلى الله عليه وسلم انه لا يصح بيع أحدهما بالآخر بالوجه الذي يقوم مقام الكيل في معرفة التساوي ووجه آخر وهو انه قد يسمى الوزن كيلا فيقال هذه عشرة دراهم كيلا ويحتمل أن يريد به العنب جزافا والزبيب كيلا ويحتمل أن يريد به أن يتحرى في العنب مكيلة الزبيب وقد اختلف قول مالك في اجازة التحري فيما يحرم فيه التفاضل فأجازه في البيض بالبيض والخبز بالخبز واللحم باللحم وفي الحالوم الرطب باليابس وفي الزيتون الغض بالمالح في كتاب محمد وأجازه مع القول باباحته في القديد باللحم الطري مرة ومنعه أخرى وروى في الواضحة انه قال وما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام والادام لا يجوز قسمته تحريا وكذلك الدهن والزيت والعسل لا يجوز الا كيلا أو وزنا واختلف أصحابنا في تأويل ذلك فمنهم من قال ان ذلك على روايتين فانه جوزه على احدى الروايتين على الاطلاق ومنهم من قال ان ذلك لاختلاف حالين فيجوز مع تعذر الموازين ويمنع مع وجودها ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعي بكل حال والدليل على ما نقوله ان هذا معنى وضع في الشرع لمعرفة المقدار فجاز أن يعتبر به المبيع كخرص العرية والزكاة (مسئلة) فان قلنا يجوز ذلك ففي أي شيء يجوز المشهور عن مالك انه يجوز في الموزون دون المكيل والمعدود رواه عنه ابن المواز وغيره وهذا عندي مبني على قول من قال ان ذلك ممنوع الا في الأسفار وحيث تعدم الموازين وأما على قول من حمل ذلك على الاطلاق مع القدرة على الموازين وهو الأظهر لتجويزه السلم في اللحم بالتحري فانه يجب أن يجوز ذلك في المكيل . ووجه ذلك ان الكيل يعدم

كما يعدم الميزان والقبضة فليست بمقدار صحيح لانه لا يتأتى فيها المساواة لتعذر بقائها على شكل واحد وهيئة واحدة من القبض والبسط بخلاف المكيل المعتاد (فرع) فاذا قلنا ان التحرى فيما يحرم فيه التفاضل جائز فانه يجوز في يسيره دون كثيره لان كثيره يتعذر فيه التحرى ويخاف فيه الخطأ وقلة الاصابة قاله ابن القاسم (مسئلة) وأما ما يجوز فيه التفاضل من المطعومات فانه يجوز في قليله وكثيره رواه ابن حبيب عمن يرضى من أصحاب مالك والفرق بينه وبين ما يجرى فيه الربا أنه لا يخاف فيه التفاضل الذى يحرم فيما يحرم فيه الربا

(فصل) اذا ثبت جواز التحرى فقد جوزه مالك في الخبز بالخبز والبيض بالبيض واللحم باللحم أما الخبز بالخبز فالذى قاله أصحابنا انه يتحرى ما فيه من الدقيق دون وزن الخبز قالوا لان الخبز بعضه أرطب من بعض فلا تصح المماثلة فيه بالوزن وهذا لا يكاد أن يصح على مذهب مالك المعروف وانما يصح على أصل ابن الماجشون في اعتباره بالرطوبات الباقية في حال الادخار ولذلك منع التمر القديم بالحديث وأما مالك فان ذلك عنده على ضربين أحدهما أن لا يؤكل المطعوم مع الرطوبة الحادثة فيه غالبا كالفول المبلول والقمح المبلول والعجين فانها تمنع صحة التساوى والثانى أن يؤكل بوجودها غالبا كرطوبة الرطب والعنب والخبز وخل التمر والعنب والخبيص فان ذلك كله لا يمنع صحة التساوى طارئة كانت أو أصلية فعلى هذا يجوز الخبز بالخبز وزنا ولا يحتاج الى تحرى الدقيق فانه قد صار جنسا آخر كما يجوز بيع الخبيص بالخبيص كيلا ولا يتحرى ما فيه من اللبن ويجوز خل التمر بخل التمر كيلا ولا يتحرى ما فيه من التمر وربما كان لاصحابنا قولان في أصل واحد واتفق ظهور أحد القولين منهم في أحدهما في فرع من فروعه وظهور القول الثانى في فرع آخر وذلك موجود لهم كثير فيجب تتبعه ورد كل شئ من ذلك الى أصله وقد روى فضل بن مسلمة عن مالك يجوز بيع الكعك بالخبز متفاضلا متماثلا وهى رواية ابن القاسم والقديد بالنئ على التحرى ثم رجع عنه وهذا أيضا فيه نظر لان القديد والنئ لم يفرق بينهما صنعة تخرجهما أو تخرج أحدهما عن أصله والكعك والخبز قد وجدت فيهما صنعة أخرجتهما عن أصلهما كخل التمر وأما اللحم فانه يتحرى فيه المماثلة وكذلك البيض وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله ص ﴿ مالك عن داود بن الحصين عن أبى سفيان مولى ابن أبى أحمد عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر في رؤس النخل والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة ﴾ ش وقوله والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر في رؤس النخل هذا نوع من المزابنة وقد تقدم أن معنى المزابنة أن يجهل قدر أحد المبيعين من الآخر في الجنس الواحد لان كل واحد منهما يقصد الى غبن صاحبه في مبلغ الثمرتين والى أن يأخذ أكثر مما يعطى وهذا موجود في هذه المسئلة وفى التى قبلها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المبيع على ضربين ضرب يحرم فيه التفاضل وضرب يجوز فيه التفاضل فأما ما يحرم فيه التفاضل فقد بينا من حكمه ما يليق بهذا الكتاب وأما ما يجوز فيه التفاضل فانه لا يجوز أن يباع يابسه برطبه على رؤس النخل لان القبض لا يتنجز فيه ويحرم فيه التفرق قبل القبض لانه مطعوم ولا يجوز رطبه بيابسه ولا رطبه برطبه ولا يابسه بيابسه جزافا فيهما ولا في أحدهما والآخر بالكيل على وجه يجوز فيه التساوى والتفاضل حتى يتبين التفاضل في أحدهما فيجوز ذلك وكذلك كل مبيع وان لم يكن مطعوما

(فصل) وقوله والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة هذا نوع من المحاقلة وقد روى عنه صلى الله عليه

* وحدثنى عن مالك عن داود بن الحصين عن أبى سفيان مولى ابن أبى أحمد عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة اشتراء التمر بالتمر في رؤس النخل والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر والمحاقلة شراء الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطة قال ابن شهاب فسألت سعيد بن المسيب عن استكراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس بذلك * قال مالك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة وتفسير المزابنة أن كل شئ من الجزاف الذى لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده ابتيع بشئ مسمى من الكيل أو الوزن أو العدد وذلك أن يقول الرجل للرجل يكون له الطعام المصبر الذى لا يعلم كيله من الحنطة أو التمر أو ما أشبه ذلك من الأطعمة أو يكون للرجل السلعة من الحنطة أو النوى أو القضب أو العصفر أو الكرسف أو الكتان أو القز أو ما أشبه ذلك من السلع لا يعلم كيل شئ من ذلك ولا وزنه ولا عدده فيقول الرجل لرب تلك السلعة كل سلعتك هذه أو مر من يكيلها أو زن من ذلك ما يوزن أو عد من ذلك ما كان يعد فما نقص عن كيل كذا وكذا صاعا لتسمية يسميها أو وزن كذا وكذا رطلا أو عدد كذا وكذا فما نقص من ذلك فعلى غرمه حتى أوفيك تلك التسمية فما زاد على تلك التسمية فهو لي أضمن ما نقص من ذلك على أن يكون لي ما زاد فليس ذلك بيعا ولكنه المخاطرة والغرر والقمار يدخل هذا لانه لم يشتر منه شيأ بشئ أخرجه ولكنه ضمن له ما يسمى من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد على أن يكون له ما زاد على ذلك فان نقصت تلك السلعة عن تلك التسمية أخذ من مال صاحبه ما نقص بغير ثمن ولا

وسلم النهي عن المحاقلة فلا يجوز لذلك كراء الأرض بالحنطة وجه المحاقلة فيها أن منفعتها المشتراة منها في أكثرها انما هي لمن زرع الحنطة حنطة فهو يؤول الى بيع الحنطة بالحنطة جزافا بجزاف أو جزافا بكيل لان الذي يدفعه المكتري حنطة والذي يصل اليه من منفعة الأرض حنطة وسيأتي بيان هذا مستقصى في كتاب كراء الأرض وقال صاحب العين المحاقلة بيع الزرع قبل بدو صلاحه ولا يمتنع أن يكون ذلك نوع آخر من المحاقلة وما قدمناه أظهر لانه ان كان التفسير من قول النبي صلى الله عليه وسلم فلا يعارض بقول أحد من البشر في لغة ولا شرع وان كان من قول أبي سعيد الخدري فلا يعارض بقول صاحب العين لغة ولا شرعا ص * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر والمحاقلة اشتراء الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطة قال ابن شهاب فسألت سعيد بن المسيب عن استكراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس بذلك * ش قوله والمحاقلة اشتراء الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطة يريد انهما نوعان من المحاقلة وأن اسم المحاقلة واقع على كل واحد منهما وأما استكراء الأرض بالحنطة فقد تقدم القول فيه وأما اشتراء الزرع بالحنطة فعلى نحو ما تقدم من بيع التمر بالتمر لانه مجهول مبلغ كل واحد منهما من صاحبه وقد سمي ذلك مزابنة لما ذكرناه وقد روى الليث عن نافع عن ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمزابنة أن يبيع ثمر حائطه ان كان نخلا بتمر كيلا وان كان كرما أن يبيعه بزبيب كيلا أو كان زرعا أن يبيعه بطعام كيلا ونهى عن ذلك كله فعلى هذا اسم المزابنة واقع على الجميع ومعناها متقارب الا أن اسم المزابنة واقع على كل نوع منها واسم المحاقلة خاص في الزرع والمخاضرة خاص في الخضرة وقد قال صاحب العين انه بيع الثمر قبل بدو صلاحها والأول أظهر من جهة اللفظ والله أعلم وأحكم

ص * قال مالك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة * وتفسير المزابنة أن كل شئ من الجزاف الذي لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده ابتيع بشئ مسمى من الكيل أو الوزن أو العدد وذلك أن يقول الرجل للرجل يكون له الطعام المصبر الذي لا يعلم كيله من الحنطة أو التمر أو ما أشبه ذلك من الأطعمة أو يكون للرجل السلعة من الحنطة أو النوى أو القضب أو العصفر أو الكرسف أو الكتان أو القز أو ما أشبه ذلك من السلع لا يعلم كيل شئ من ذلك ولا وزنه ولا عدده فيقول الرجل لرب تلك السلعة كل سلعتك هذه أو مر من يكيلها أو زن من ذلك ما يوزن أو اعدد منها ما كان يعد فما نقص عن كيل كذا وكذا صاعا لتسمية يسميها أو وزن كذا وكذا رطلا أو عدد كذا وكذا فما ينقص من ذلك فعلى غرمه حتى أوفيك تلك التسمية وما زاد على تلك التسمية فهو لي أضمن ما نقص من ذلك على أن يكون لي ما زاد فليس ذلك بيعا ولكنه المخاطرة والغرر والقمار يدخل هذا لانه لم يشتر منه شيأ بشئ أخرجه ولكنه ضمن له ما سمى من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد على أن يكون له ما زاد على ذلك فان نقصت تلك السلعة عن تلك التسمية أخذ من مال صاحبه ما نقص بغير ثمن ولا

هبة طيبة بها نفسه فهذا يشبه القمار وما كان مثل هذا من الأشياء فذلك يدخله * قال مالك ومن ذلك أيضا أن يقول الرجل للرجل له الثوب أضمن لك من ثوبك هذا كذا وكذا ظهارة قلنسوة قدر كل ظهارة كذا وكذا لشئ يسميه فما نقص من ذلك فعلى غرمه أوفيك وما زاد فلى أو أن يقول الرجل للرجل أضمن لك من ثيابك هذه كذا وكذا قميصا ذرع كل قميص كذا وكذا فما نقص من ذلك فعلى غرمه وما زاد على ذلك فلى أو أن يقول الرجل للرجل له الجلود من جلود البقر أو الابل اقطع جلودك هذه نعالا على امام يريه اياه فما نقص من مائة زوج فعلى غرمه وما زاد فهو لى بما ضمنت لك ومما يشبه ذلك أن يقول الرجل للرجل عنده حب البان أعصر حبك هذا فما نقص من كذا وكذا رطلا فعلى أن أعطيكه وما زاد فهو لى فهذا كله وما أشبه من الأشياء أو ضارعه من المزابنة التى لا تصلح ولا تجوز وكذلك أيضا اذا قال الرجل للرجل له الخبط أو النوى أو الكرسف أو الكتان أو القضب أو العصفر بل ابتاع منك هذا الخبط بكذا وكذا صاعا من خبط مثل خبطه أو هذا النوى بكذا وكذا صاعا من نوى مثله وفى العصفر والكرسف والكتان والقضب مثل ذلك فهذا كله يرجع الى ما وصفنا من المزابنة

﴿ جامع بيع الثمر ﴾ * قال مالك من اشترى ثمرا من نخل مسماة أو حائط مسمى أو لبنا من غنم مسماة انه لا بأس بذلك اذا كان يؤخذ عاجلا يشرع المشترى فى أخذه عند دفعه الثمن وانما مثل ذلك بمنزلة راوية زيت يبتاع

هبة طيبة بها نفسه فهذا يشبه القمار وما كان مثل هذا من الأشياء فذلك يدخله * قال مالك ومن ذلك أيضا أن يقول الرجل للرجل له الثوب أضمن لك من ثوبك هذا كذا وكذا ظهارة قلنسوة قدر كل ظهارة كذا وكذا الشئ يسميه فما نقص من ذلك فعلى غرمه حتى أوفيكه وما زاد فلى أو أن يقول الرجل للرجل أضمن لك من ثيابك هذه كذا وكذا قميصا ذرع كل قميص كذا وكذا فما نقص من ذلك فعلى غرمه وما زاد على ذلك فلى أو أن يقول الرجل للرجل له الجلود من جلود البقر أو الابل اقطع جلودك هذه نعالا على امام يريه اياه فما نقص من مائة زوج فعلى غرمه وما زاد فهو لى بما ضمنت لك * ومما يشبه ذلك أن يقول الرجل للرجل عنده حب البان أعصر حبك هذا فما نقص من كذا وكذا رطلا فعلى أن أعطيكه وما زاد فهو لى فهذا كله وما أشبه من الأشياء أو ضارعه من المزابنة التى لا تصلح ولا تجوز وكذلك أيضا اذا قال الرجل للرجل له الخبط أو النوى أو الكرسف أو الكتان أو القضب أو العصفر ابتاع منك هذه الخبطة بكذا وكذا صاعا من خبط يخبط مثل خبطه أو هذا النوى بكذا وكذا صاعا من نوى من مثله وفى العصفر والكرسف والكتان والقضب مثل ذلك فهذا كله يرجع الى ما وصفناه من المزابنة * ش وهذا كما قال ان كل ماله مقدار يباع به من كيل أو عدد أو وزن بيع منه معلوم بمجهول فانه لا يجوز وذلك على ضربين أحدهما ما لا يجوز فيه التفاضل والثانى ما يجوز فيه التفاضل فاما ما لا يجوز فيه التفاضل فانه يدخله الجهل بالتساوى وهو يجرى فى المنع مجرى العلم بالتفاضل ويدخله مما يجوز فيه التفاضل مع امكان التفاضل والتساوى الغرر والقصد الى المخاطرة بان يغبن أحدهما صاحبه فى الجنس الواحد فان تبين التساوى بالتحرى أو تبين التفاضل جاز وذلك للبعد عن قصد المخاطرة

(فصل) وقوله وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل له الطعام والمصبر كل صبرتك هذه الى آخر المسئلة معناه ان كل من كان له شئ من الجزاف من طعام أو غيره فأتاه من قال له اضمن لى من هذه الصبرة مقدار كذا وكذا فما زاد عليه فلى وما نقص فعلى فذلك لا يجوز لان هذا مجرد المخاطرة والمقامرة وأبلغ ما يكون من الغرر الذى نهى عنه لا خلاف فى منعه وتحريمه وان الذى يبيع الجزاف بالمكيل من جنس واحد أو آل فعله اليه لانه يدفع اليه فى صبرة صبرة مثلها من جنسها لا يعلم مماثلتها لها ولا فضلها عليها يقصد بذلك غبنه فى كيلها بجنسها فان كانت التى يعطيه أفضل فقد ضمن له ما نقص من صبرته عما قدر فيها وان كانت أقل فقد كان له الفضل فلذلك منع مالك المكيل فى الجزاف بالجنس الواحد ومثل هذا المعنى موجود فى الجزاف منه بالجزاف فلذلك منع مالك فى الجنس الواحد الجزاف بالجزاف حتى يتبين القصد فيعلم ان غرضه عن المبلغ والمخاطرة والكثرة والقلة

﴿ جامع بيع الثمر ﴾

ص ﴿ قال مالك من اشترى ثمرا من نخل مسماة أو حائط مسمى أو لبنا من غنم مسماة انه لا بأس بذلك اذا كان يؤخذ عاجلا يشرع المشترى فى أخذه عند دفعه الثمن وانما مثل ذلك بمنزلة راوية زيت يبتاع

منها رجل بدينار أو دينارين ويعطيه ذهبه ويشترط عليه أن يكيل له منها فهذا لا بأس به فان انشقت الراوية فذهب زيتها فليس للمبتاع الا ذهبه ولا يكون بينهما بيع * قال مالك وأما كل شئ كان حاضرا يشترى على وجهه مثل اللبن اذا حلب والرطب يجنى فيأخذ المبتاع يوما بيوم فلا بأس به فان فنى قبل أن يستوفى المشترى ما اشترى رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقى له عليه أو يأخذ منه المشترى سلعة بما بقى له يتراضيان عليها ولا يفارقه حتى يأخذها فان فارقه فان ذلك مكروه لانه يدخله الدين بالدين وقد نهى عن الكالئ بالكالئ فان وقع فى بيعهما أجل فانه مكروه ولا يحل فيه تأخير ولا نظرة ولا يصلح الا بصفة معلومة الى أجل مسمى فيضمن ذلك البائع للمبتاع ولا يسمى ذلك فى حائط بعينه ولا فى غنم بأعيانها * ش وهذا كما قال انه لا بأس أن يشترى ثمرا من حائط معين أو لبنا من غنم معينة اذا كان المشترى يشرع فى قبضه بدان ذلك فى وقت يمكن قبضه بان يبدو صلاح الثمرة وكون اللبن فى الغنم وأما اذا لم يبد صلاح ثمر الحائط أو لم يكن فى تلك الغنم لبن فذلك غير جائز والأصل فى ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وأما لبن الغنم فانما جاز ذلك فيه خلافا للشافعى ان هذا مائع طاهر خارج من حيوان لا يختلف جنسه غالبا فجاز أن يفرد بالبيع دونها كالعيون ودليل ثان أن هذه أنثى ذات لبن فجاز أن يستباح أخذه بالمعاوضة عليه دونها كالظير

(فصل) اذا ثبت ذلك فقوله اذا كان يوجد عاجلا يشرع المشترى فى أخذه عند دفعه الثمن يريد أن لا يتأخر ذلك تأخيرا لا يحتاج اليه لتمام النضج وانما يتأخر بقدر ما يحتاج اليه لتمام النضج والارطاب كالخمسة عشر يوما وقال مالك فى كتاب ابن المواز عشرين يوما وجه ذلك ان مثل هذه المدة تؤخر الثمرة فى رؤس النخل طلبا للارطاب أو لبقاء النضارة فيها ليؤخر وقتا بعد وقت بنضارتها مع ما قدمناه من ان ذلك من ضمان البائع وأما ابن القاسم فانه لا يجوز أن يتأخر مثل هذه المدة لانه لا غرض فى تأخره غير مجرد التمكن من الأخذ وهذا فيما يشرع فيه منه وأما اتصاله بعد ذلك فيجوز تأخيره أخذ التمكن من قبضه أو لبقاء حلاوة وما يحتاج أن يأخذه منه فى كل يوم وأما الصوف يشترى على ظهور الغنم فانه يجوز أن يتأخر بقدر ما ينظر فى جزها ويكون ذلك مدة لا يزيد الصوف فى مثلها روى محمد عن مالك العشرة أيام والخمسة عشر يوما (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قدمنا ان شراء الثمرة فى رؤس النخل يكون على ثلاثة أوجه وقد تقدم بيان الوجهين وبقى تبيين الوجه الثالث وهو اذا اشترى منه أصوعا معروفة فان ذلك على ضربين أحدهما أن يشترط أخذه على حاله وصفته والثانى أن يشترط أخذه بعد تغير صفته فاما أخذه على حاله بسرا فهو جائز لانه بمنزلة اشتراء أصوع تمر من صبرة أو اشتراء أصوع رطب أو بسر من صبرة فان اشترط ابقاءه الى تغير صفته فلا يخلو أن يشترط ذلك حال بسوره الى أن يصير رطبا أو الى أن يصير تمرا فان اشترط أخذه رطبا فلا خلاف فى جواز ذلك بين أصحابنا ووجه ذلك أنه معلوم الصفة لان الارطاب انما هو نضج وليس فيه نقصان من القدر ولا زيادة ولا تغير معنى أكثر من النضج فجاز ذلك (مسئلة) وأما ان اشترط أخذه تمرا فان ذلك ممنوع فى الجملة قال ابن وهب عن مالك وكذلك لو وقع العقد حين الارطاب واشترطه تمرا ووجه ذلك انه لا يعلم صفته عند انتهاء جفوفه لأن التغير يلحقه فى المقدار والصفة وذلك مؤثر فى منع العقد الا انه لا يتفاوت تغيره ولذلك لم يؤثر عند مالك وأكثر أصحابه فى فساد العقد وقال ابن عبد الحكم فى بيع الزرع اذا أفرك يفسخ فيه البيع ووجهه أن التغير يلحقه فى المقدار والصفة وذلك يمنع صحة

العقد عليه كما لو اشتراه صغيرا واشترط عظمه ويحمل ذلك عندهم على الكراهية وحكمه حكم الزرع يباع اذا أفرك وقد تقدم ذكر الخلاف فيه ولو كان ذلك على التحريم لرد لأن ما يكال أو يوزن لا يفوت بذهاب العين ويرد مثله ووجه ذلك أن تغيره لا يتفاوت وقد روى ابن القاسم عن مالك في العتبية انه ان لم ينقد فلا بأس أن يشترطه تمرا وهذا يقتضي أن ذلك لمراعاة معان ان وجدت لزمه الصفة وان عدمت كان المشترى بالخيار ولعله قد ذهب الى أن لهذا الجنس من التمر صفة معتادة ان وجد عليها للاصابة في التجفيف ومحاولته وسلامته في ذلك من العاهات لزم المشترى وان عدمت تلك الصفة لمبالغة في التجفيف أو نقص منه أو يعتبر بمعنى في مدة التجفيف كان المبتاع عند رؤيته بالخيار والله أعلم (فرع) وهذا اذا اشتراه كيلا وأما ان اشتراه جزافا ففي الموازية لا خير في أن يشترى ثمر الحائط ويشترط أخذه تمرا الا لمن اشتراه جزافا فاما بالكيل فلا (مسئلة) وأما شراء لبن الغنم المعينة فانه أيضا على ضربين أحدهما أن يشترط مكيلة من لبن غنم باعيانها وذلك يحتاج الى ثلاثة شروط أحدها أن يشرع في أخذه والثاني أن يذكر ما يقبضه كل يوم ويضرب لذلك أجلا يبقى لبن تلك الغنم الى مثله والثالث أن يشترط من اللبن مقدارا يعلم أن مثل الغنم لا يقصر عنه في الاغلب ومثل هذه الشروط يعتبر في شراء أصوع من حائط معين وأجازه ابن القاسم وأشهب في الشاة والشاتين (مسئلة) والضرب الثاني أن يشترى لبنها أجمع فان ذلك جائز في سوائم الغنم الذي لا يختلف ويعتبر في ذلك أن يكون في ابان اللبن ولذلك يضرب أجل يعلم أن لبنها لا ينقطع الى مثله شهرا أو شهرين والفرق بين هذا وبين التي لا يجوز أن يشترى ثمرتها الى مدة مقدرة وانما يجوز ذلك على الاستيعاب أن المقثأة تشترى بأصولها فلا يجوز أن يستثنى بعض منافعها والغنم لم تشتر رقابها وانما اشتريت منفعة منها فوجب أن يضرب لتلك المنفعة أجلا يتقدر به ويجب أن يكون المتبايعان قد عرفا قدر حلابها حين التبايع والا لم يجز ذلك لأن قدر لبنها يختلف باختلاف الاعوام وقوتها وسمنها وهزالها فيجب أن يعلم قدر ذلك وبالله التوفيق (مسئلة) وهل يجوز ذلك في الشاة الواحدة روى أشهب عن مالك جوازه وروى عنه ابن القاسم منعه وهو الاكثر وقال أصبغ ان وقع لم أفسخه اذا كان في الابان وعرف وجه حلابها والغررفيها وفي العدد سواء وهو في الواحدة أثقل وجه اجازته اعتباره بالكثير ووجه نفيه أن الشاة الواحدة يلحقها التغير والنقصان والزيادة فيتبين الغرر والغنم الكثيرة يحمل بعضها بعضا فلا يظهر في جملتها تغير بزيادة ولا نقصان فيبعد الغرر فيها (مسئلة) ومن اكترى ناقة أو بقرة للسقي أو للحرث أشهرا فقد قال مالك ذلك جائز اذا عرف وجه حلابها وكان الابان وفرق شيوخنا بين هذه المسئلة وبين مسئلة الشاة الواحدة على رواية المنع بان اللبن في مسئلة الناقة تبع لأن المقصود منها العمل والمقصود في مسئلة الشاة اللبن فاثر في الغرر وقال أصبغ لا أفسخه في الشراء والكراء الا أن يبتاع وما يحرز عليه من أمر يظن بعدم مؤثر في العقد كجائحة الثمرة

(فصل) وقوله وانما مثل ذلك كراوية زيت يبتاع منها رجل بدينار أو بدينارين ويشترط عليه أن يكيل منها قياس صحيح في شراء مكيلة معلومة من حائط بعينه على شراء مكيلة معلومة من راوية بعينها ولا فرق بينهما التساوى أجزائها ولا يكون له من ذلك الا المكيلة التى تشترط ولو كانت الجملة تختلف أجزاؤها مثل ان يكون غنما أو نخلا واشترى منها عددا غير معين ولم يشترط خيارا لكان شريكا في الجملة بقدر عدد ما اشترى من عدد تلك الجملة

(فصل) وقوله فان انشقت الراوية فذهب زيتها فليس للمبتاع الاذهبه ولا يكون بينهما بيع بريدانه لما اشترط الكيل على الزيت وتلف قبل أن يستوفيه المبتاع بالكيل وجب أن يكون من ضمان البائع وهذا الاخلاف فيه وجملة ذلك أن المبيع على ضربين أحدهما فيه حق توفية كالمكيل والموزون والمعدود والثمرة فى رؤس النخل لم يتناه صلاحها والمسلم فيه والضرب الثانى ليس فيه حق توفية بالعقد الحاضر والثوب والصبرة من الطعام أو غيره والثمرة فى رؤس النخل يابسة وقال القاضى أبو محمد فأما مافيه حق توفية بكيل أو وزن أو عدد فضمانه قبل توفيته بذلك من البائع ووجه ذلك أن المبتاع ممنوع من تسليمه لا يستطيع الانتفاع به الا بعد التوفية كالذى فى الذمة (مسئلة) وأما مايذرع فروى أشهب عن مالك فى العتبية من ابتاع دارا غائبة مذارعة أو حائطا على عدد النخل فهلكت ان ضمانها من بائعها والمشهور عنه ان الدور والارضين والحوائط من المبتاع الا انه لما باعها على الذرع وكان ذلك وجه استيفائها تعلقت بضمان البائع حتى يوفيها اياه بالعدد والدليل على ذلك ان هذا معنى يتقدر به المبيع فكان له تأثير فى توفيته كالمكيل والموزون (مسئلة) وأما الثمرة فى رؤس النخل فقد تقدم ذكرها وهنا أن ضمانها من البائع لحاجتها الى بقائها فى الاصل وتغذيها به وقد روى ابن القاسم عن مالك فى الضأن يشترى صوفها فيصاب منها أكبش قبل أن تجز بسرقة أو بيع ان ضمانها من البائع ويوضع عن المشترى بقدر ذلك ووجهه انها متغذية بأصل البائع حتى يقبضها على ماجرت به العادة كالثمرة (فرع) وبما يصح الاستيفاء فى المكيل والموزون حكى أصحابنا ان ذلك فى المكيل بان يصب غير المكيل فى اناء المبتاع فان تلف بعد تمام الكيل وقبل تفريغه فى اناء المبتاع فهو من البائع وهذا اذا تولى كيله البائع أو أحد بأمره لأن الكيل عليه وأما ان تولى كيله المبتاع فاختلف أصحابنا فى ذلك ففى الواضحة من البائع وقال سحنون هو من المبتاع وجه ماقاله ابن حبيب ان الكيل على البائع فاذا تولاه المشترى فانما يتولاه على وجه النيابة فكانت حاله حال البائع ووجه ماقاله سحنون ان الاستيفاء يتم بوفاء الكيل اذا تولاه المشترى لان مابعد ذلك من تفريغ الكيل فى انائه عمل بعد تمام الاستيفاء وقال سحنون فى الوزن مثل ماتقدم فى الكيل وهذا فيما اشترى على هذا النوع من الكيل والوزن وأما مايوزن بظروفه فيقبضه المبتاع ليفرغه ثم توزن الظروف فان قبضه للظروف على ذلك قبض للزيت وان تلف قبل أن يفرغ الظرف فهو منه حكاه ابن المواز عن ابن القاسم (فرع) وههنا نوع آخر من الاستيفاء وهو أن يتفقا على تسليم اناء مملوء بزيت فيأخذه المبتاع على أن يملأ بقدر ذلك فيكتال قال أصبغ فى كتاب محمد فهذا قبض والضمان من المبتاع قبل تفريغ الاناء وهذا عندى انما جعل بالاتفاق عليه واستعجل المبتاع القبض قبل التقدير وروى ابن حبيب فيمن اشترى زرعا على الذرع فهلك قبل الذرع ان ذلك من المبتاع ووجه ذلك ان مايقدر به باق وهذا يجب أن يلزم من غير اتفاق عليه ولا رضا به لانه لا يصح أن يقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلا تعلق بحق التوفية بعينه (مسئلة) ومن كانت لرجل عنده دنانير دينا فدفع اليه دنانير فقال له خذها وزنا فان كانت وفاء فهى لك وما زاد فاردده وما بقى أوفيكه فهلكت قال ابن القاسم هى من قابضها اذا قبضها على وجه الاقتضاء والرهن ولو كانت بمعنى الوديعة كانت من الدافع وقال أصبغ فى كتاب ابن المواز ومن كانت عليه ثلاثة دنانير قائمة فدفعها الى الذى هى له وقال له ربها فما وجدت من قائم فهو لك فان ضاعت قبل أن يعرف ان فيها قائما فهى من الدافع وقال أصبغ فى قول ابن القاسم فى هذه المسئلة من قبضها على القضاء لا يشك فيها

ولو لم يكن على القضاء لكان رهنا لانه سبب ما دفع عنه وقال ابن حبيب فى مسئلة مالك فى الذى دفع ثلاثة دنانير الى من له عليه دينار ليقتضى منها واحدا يختاره فيضيع انه لا يضمن القابض الا واحدا ان معنى ذلك اذا لم يشك ان فيها وازنا وأما ان جهل ذلك وقال ضاعت قبل الوزن فلا يضمن شيأ منها ولا يكون متقاضيا وهو مصدق ويحلف انه ما علم فيها الا وازنا ولا وزنها حتى ضاعت الا أن تكون الدنانير من الكثرة بحيث لا يشك ان فيها دينارا وازنا فانه يضمنه خاصة وهكذا قال لى من كاشفت من أصحاب مالك

(فصل) وأما ما ليس فيه حق توفية كالعبد الحاضر والثوب وكالمبيع من المكيل والموزون والمعدود جزافا فان ضمانه بنفس العقد من المشترى خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما ان ضمانه من البائع قبل قبض المشترى وان العقد ينفسخ بتلفه والدليل على ما نقوله حديث محمد بن خفاف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان الخراج بالضمان وهذا حديث قد أخذ به جماعة الفقهاء وعملوا بعضمنه فاستغنى عن معرفة عدالة ناقليه ودليلنا من جهة القياس ان هذا عقد معاوضة فكان تلف العوض العين فيه ممن صار اليه بنفس العقد أصل ذلك عقد النكاح (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الذى ليس فيه حق توفية لعينه وجنسه اذا اشترط البائع الانتفاع به مدة يجوز له واختلف أصحابنا فيمن شرط ركوب دابة باعها يوما بعد ثلاثة أيام فقال أبو زيد عن ابن القاسم انها من ضمان البائع ما بقى له فيها شرط سواء تلفت بيده أو بيد المبتاع وقال أصبغ وابن حبيب هى من ضمان المبتاع ماتت بيده قبل الركوب أو بعده أو بيد البائع وجه ما قاله ابن القاسم ان البائع لما شرط ركوبها مدة وجب أن يتعلق بضمانه الى انقضائها لانه لا يوفى المبيع الا بعد استيفاء ما شرط فيه ووجه ما قاله أصبغ ان هذا بيع ليس عليه فيه حق توفية فلم يكن فى ضمانه وما شرط فيه من الانتفاع حق لنفسه وليس كذلك ما شرط للبائع من يصح بعد انه فان ذلك حق للمبتاع يلزمه أن يوفيه اياه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فان المبتاع يرجع على البائع بجميع الثمن وان قلنا بقول أصبغ فهل يرجع البائع على المبتاع بقدر ما استثنى من الركوب قال أصبغ فى كتاب ابن المواز لا يرجع عليه بشئ وقاله على بن زياد وسحنون فيمن باع دارا واستثنى سكناها سنة أو باع دابة واستثنى ركوبها يومين وقال ابن حبيب يرجع عليه بقدر ما استثنى من الثمن وجه القول الأول انه لم يتعلق به حق بذمة المبتاع ولا شئ فى يده فلم يكن له عليه الرجوع بشئ ووجه القول الثانى ان العين المبيعة قد صارت ملكا للمبتاع وجعل منفعتها من الشرط للبائع بعض الثمن فاذا تعذر على البائع استيفاء تلك المنفعة بتلف المبيع رجع بثمن تلك المنفعة (مسئلة) فان شرط البائع من الركوب بعد ثلاثة أيام ما لا يجوز فهى ممن تلفت بيده من كتاب ابن المواز لانه بيع فاسد فلا يضمن الا بالقبض وقبض المبتاع لها قبل شرط البائع قبض يضمن به والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما قوله وكل شئ كان حاضرا اشترى على وجهه مثل اللبن اذا حلب والرطب يستجنى فيأخذ المبتاع يوما بيوم فلا بأس به وهذا كما قال ان حكم هذا حكم البيع لانه حاضر يتنجز قبضه وهو مرئى مشاهد معين فلا يتعلق بالذمة وانما يتعلق بمقدار معلوم من جملة معينة على ما تقدم وقوله مثل اللبن اذا حلب يريد أن يبدأ اللبن فى الغنم ويعرف لبنها ويستجنى الرطب فينظر المبتاع الى قدر ما يجنى منه يوما فيشترط قبضه فيصلح ذلك فى العقد ومن ذلك أن يقول له أشترى منك هذه الثلاثة الأيام فاجنيته منها كل يوم فأنا آخذه منك ثلاثة أصوع بدينار فأما الذى فى المدونة انه جائز لانه قد نظر الى

الثمر وعرف مقدار ما يتعجل منها فى هذه المدة ولو ضرب لذلك مدة طويلة لا يظهر ما يرطب اليه ولا يعرف قلته من كثرته لم يجز ذلك وهذا حكم اللبن اذا عرف قدره وضرب له مدة لا يختلف فيه وقد أنكر هذا بعض أصحابنا والصحيح عندى ما قدمت

(فصل) وقوله فان فنى قبل أن يستوفى المشترى ما اشترى رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقى له يريد أن يخطئا فى حزرهما فلا يكون فى الحائط ما تبايعا أو تصيبه جائحة تذهب ببعض ثمرته فان وقع ذلك فالمبتاع أحق ببقيته حتى يستوفى شرطه وكذلك لو أراد البائع أن يذهب ببعض ثمرته لم يكن ذلك له ومنع منه الا أن يرى أن فيما بقى من الثمرة تمام حق المبتاع منها فان قصرت الثمرة عما ابتاعه انفسخ البيع بينهما فيما بقى لانه ابتاع منه معينا تلف بعضه قبل القبض فمضى البيع فيما قبض منه وفات وبطل فيما بقى

(فصل) وقوله ورد بحساب ما بقى هل يكون ذلك على التقديم أو على الكيل ففى المزابنة فى الثمرات التراجع على الكيل وانما يكون التراجع على القيمة فى الذى يبتاع لبن الغنم أياما معدودة فيحلبها أياما ثم تموت أو يموت بعضها وهذا يدل على أنه انما أراد بمسئلة التمر ما يسلم فيه ليؤخذ فى يوم واحد انه على حساب الكيل واذا شرط أخذه فى أيام مختلفة تختلف فيها قيمة الثمرة فوجب أن يراعى ذلك التقويم كمسئلة اللبن

(فصل) وقوله ويأخذ منه المشترى سلعة بما بقى يتراضيان عليها ولا يفارقها حتى يأخذها وان فارقه فان ذلك مكروه لانه يدخله الدين بالدين وقد نهى عن الكالىء بالكالىء يريد ان له أن يأخذ منه بالذى بقى عليه من ثمن حصته ما لم يقبضه من الثمرة ما شاء من السلع مطعوما أو غير مطعوم وله أن يأخذ فى ذلك تمرا ورطبا أكثر من المكيلة التى فاتته وأقل لان ذلك بيع مبتدأ الا أن من شرط صحته القبض دون التأخير فان أخذه فلا يخلو أن يكون مما فيه حق توفية أو ليس فيه حق توفية فان كان فيه حق توفية فلا يخلو أن يكون يأخذه لغير ضرورة أو للضرورة فان كان لغير ضرورة فالذى نص عليه فى المدونة (مسئلة) وان كان لضرورة فلا يخلو أن يكون لا يمكن تعجيل قبضه كثمرة بدا صلاحها ولم يحل جدادها أو سكنى دار أو خدمة عبد أو عمل صانع أو خادم يكون فيها عهدة أو مواضعة أو بيع على الخيار فهذا كله منع منه ابن القاسم ورواه عن مالك وقال أشهب بجوز ذلك فى الاجارة والكراء ورواه عن مالك حكى ذلك كله ابن المواز وحكى عنهما المنع فى شراء الخيار وشراء المواضعة والثمرة التى تستجد وحكى القاضى أبو محمد عن أشهب انه يجيز ذلك كله ووجه رواية ابن القاسم أن ذلك يدخله فسخ دين فى دين وقد يعبر عنه أصحابنا بما عبر به مالك انه يدخله الدين بالدين يريد أن الدين الاول بالدين الذى فسخ فيه وذلك كله توسع فى عبارة ومعنى قولنا انه فسخ دين انه كان له دنانير متعلقة بذمته فلما نقلها الى معنى ثان فى ضمان الذى كان عليه الدين من ثمرة لم يبد صلاحها أو جارية على المواضعة لم تبرأ ذمة الذى عليه الدين بذلك من الدين الذى كان عليه لان الثمرة أصابها جائحة فهى من بائعها وكذلك الأمة فى مدة المواضعة فلم تبرأ ذمته من الدين ولا بقيت مشغولة به على الصفة التى كانت مشغولة به قبل دفع الثمرة والجارية بدينه لان ذمته أولا كانت مشغولة بالدنانير خاصة وهى الآن مترددة بين براءتها ان سلمت الثمرة أو الجارية أو بقاء الدنانير فيها ان أصابتها جائحة فأشبه ذلك انتقالها من الاشتغال بالدنانير الى الاشتغال بثياب أو رقيق أو غير ذلك وهذا فسخ دين فى دين ووجه رواية القاضى أبى محمد ان هذا عين وليس بدين ولذلك لا يتعلق

شئ منه بالذمة (مسئلة) وأما ان كان المانع من استعجال قبضه مافيه من حق التوفية كالمكيل والموزون يكثر فيحتاج فى كيله الى المدة و يحتاج الى اعداد مكان يجعل فيه أو سفينة فاذا شرع فى ذلك واتصل العمل فى الاستيفاء جاز ذلك وان طال الأمر يوما أو يومين قال أشهب وشهرا اذا اتصل ذلك (مسئلة) وان كان مما ليس فيه حق توفية كالثوب والدابة والعبد فلا يخلو أن يبقى بيد البائع لمنفعة من استخدام أو لتوثق الى أن يشهد أو يبقى بيده لغير منفعة فان بقيت بيده المنفعة فلا بأس بذلك بشرط و بغير شرط وأما ان شرط حبسها لغير منفعة ففى المدونة عن ابن القاسم لا يعجبنى ذلك ولا أفسخ بها البيع

(فصل) وقوله فان وقع فى بيعها أجل فانه مكروه ولا يحل فيه تأخير ولا نظرة يريد انه ان شرط فى شئ من ذلك مما فيه حق توفية أو ليس فيه حق توفية التأخير فانه غير جائز لان البائع لا يبرأ بالعقد فعاد الى فسخ الدين فى الدين و يدخله التأجيل فى المعين وهو يمنع صحة العقد

(فصل) وقوله ولا يصلح الا بصفة معلومة الى أجل مسمى فيضمن ذلك البائع للمبتاع ولا يسمى ذلك فى حائط بعينه ولا فى غنم بأعيانها يريد ان الاجل والتأخير لا يصلح أن ينعقد به بيع الا بصفة معلومة الى أجل مسمى و يكون البيع مضمونا فى الذمة وأما العين فلا يصلح فيه طويل الأجل لانه لا يعرف سلامته اليه فيمكن تسليمه أو لا يسلم فلا يمكن تسليمه وما كان حاضرا ولا يتيقن صحة تسليمه لا يجوز عقد البيع فيه والفرق بينه وبين المسلم اليه فى صحة العقد عليه وان لم يتيقن سلامته الى أجل ان ذمته المتعلقة بماله باقية بعده تنوب عنه فى أداء ما عليه وليس كذلك المعين المبيع فانه ليس لفواته بدل ينوب منابه فافترقا (مسئلة) وأما ما قرب من الأجل فلا بأس أن يشترى المعين اليه و يشترط بقاءه عند البائع المدة اليسيرة التى لا يتغير مثله اليها غالبا وذلك على وجهين أحدهما أن يشترط ذلك لوجه منفعة كركوب الدابة ولبس الثوب أو امساكه على وجه التزين بالاشهار أو غير ذلك فلا بأس لانه لا غرر فيه إذ الغالب من البائع بقاء صفته الى مثل هذه المدة والحاجة داعية اليه فاذا اشترط بقاءه لغير عوض ففى المدونة من قول مالك انه مكروه فان وقع لم يفسخ البيع (مسئلة) والمدة التى يجوز بقاء الارض بيد المبتاع فى المدونة اشتراط السنة فى الدار ليس ببعيد وكره ما بعد عن ذلك (مسئلة) وأما ركوب الدابة فجوز ابن القاسم ومطرف استثناء ركوبها اليوم واليومين وروى ابن حبيب عن مالك تجويز ركوبها يومين فى السفر وروى عنه أشهب المنع من ذلك فى السفر وروى ابن المواز منع ركوبها فى ثلاثة أيام وقال و يفسد العقد ووجه ذلك ان الدابة يسرع اليها التغير ولا سيما دواب الكد والعمل فانها تدبر وتتغير وتضعف ولو كانت من دواب الجمال والركوب خاصة لجاز ذلك فيها لانها لا تكاد تتغير فى مثل هذه المدة ما لم يكن سفرا ص ﴿ وسئل مالك عن الرجل يشترى من الرجل الحائط فيه ألوان من النخل من العجوة والكبيس والعذق وغير ذلك من ألوان التمر فيستثنى منه تمر النخلة أو النخلات يختارها من نخله فقال مالك ذلك لا يصلح لانه اذا صنع ذلك ترك تمر النخلة من العجوة ومكيلة تمرها خمسة عشر صاعا وأخذ مكانها تمر نخلة من الكبيس ومكيلة تمرها عشرة أصوع أو أخذ العجوة التى فيها خمسة عشر صاعا وترك التى فيها عشرة أصوع من الكبيس فكأنه اشترى العجوة بالكبيس متفاضلا * قال مالك وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بين يديه صبر من التمر قد صبر العجوة فجعلها خمسة عشر صاعا وجعل صبرة الكبيس عشرة أصوع وجعل صبرة العذق اثنى عشر صاعا فأعطى صاحب التمر دينارا

* وسئل مالك عن الرجل يشترى من الرجل الحائط فيه ألوان من النخل من العجوة والكبيس والعذق وغير ذلك من ألوان التمر فيستثنى منها تمر النخلة أو النخلات يختارها من نخله فقال مالك ذلك لا يصلح لأنه اذا صنع ذلك ترك تمر النخلة من العجوة ومكيلة تمرها خمسة عشر صاعا وأخذ مكانها تمر نخلة من الكبيس ومكيلة تمرها عشرة أصوع أو أخذ العجوة التى فيها خمسة عشر صاعا وترك التى فيها عشرة أصوع من الكبيس فكأنه اشترى العجوة بالكبيس متفاضلا قال مالك وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بين يديه صبر من التمر قد صبر العجوة فجعلها خمسة عشر صاعا وجعل صبرة الكبيس عشرة أصوع وجعل صبرة العذق اثنى عشر صاعا فأعطى صاحب التمر دينارا

يشتري الرطب من صاحب الحائط فيسلفه الدينار ماذا له اذا ذهب رطب ذلك الحائط * قال مالك يحاسب صاحب الحائط ثم يأخذ مابقي له من ديناره ان كان أخذ بثلثي دينار رطبا أخذ ثلث الدينار والذي بقي له وان كان أخذ ثلاثة ارباع ديناره رطبا أخذ الربع الذي بقي له أو يتراضيان بينهما فيأخذ عابقي له من ديناره عند صاحب الحائط مابدا له ان أحب أن يأخذ تمرا أو سلعة سوى التمر أخذها بما فضل له فان أخذ تمرا أو سلعة أخرى فلا يفارقه حتى يستوفي ذلك منه * قال مالك وانما هذا بمنزلة أن يكري الرجل الرجل راحلة بعينها أو يؤاجر غلامه الخياط أو النجار أو العمال لغير ذلك من الأعمال أو يكري مسكنه ويستلف اجارة ذلك الغلام أو كراء ذلك المسكن أو تلك الراحلة ثم يحدث في ذلك حدث بموت أو غير ذلك فيرد رب الراحلة أو العبد أو المسكن الى الذي سلفه مابقي من كراء الراحلة أو اجارة العبد أو كراء المسكن يحاسب صاحبه بما استوفى من ذلك ان كان استوفى نصف حقه رد عليه النصف الباقي الذي له عنده وان كان أقل من ذلك أو أكثر فبحساب ذلك يرد اليه مابقي له

على أنه يختار فيأخذ أي تلك الصبر شاء قال مالك فهذا لا يصلح ﴾ ش وهذا كما قال وهو مبني على تحريم التفاضل في التمر رطبه وتمره فاذا كانت صبره مختلفة المكيلة أو غير متيقنة التساوي فقد باع بعضها ببعض لوجهين أحدهما أن ابتياعها قد يتناول كل واحدة من الصبر تناولا واحدا فاذا عين منها صبرة فقد ترك ماتناوله بيعه من غيره لما أخذ من الصبرة التي تخير والوجه الثاني أن مبتاع التمر قد يأخذ صبرة العجوة ويعيبها ثم يتركها و يأخذ بدلا منها الكبيس أو العنق دون أن يعلم بذلك البائع فيدخل ذلك التفاضل في التمر واذا كان ذلك يكثر لترجيح الحوز والاختيار حمل عليه كل ما اشترى على ذلك (مسئلة) وهذا حكم مايحرم فيه التفاضل اذا اختلفت مقاديره فان كان المبيع مما لا يحرم فيه التفاضل كالحيوان والثياب وان اختلفت أجناسه واختلفت الأثمان لم يجز الاختيار فيه وسيأتي بيانه بعد هذا في باب بيعتين في بيعة وان اتفقت أثمانه وأجناسه فلا بأس بالاختيار في ذلك مثل أن يقول له بعتك أحد هذين الثوبين أيهما شئت بريد وسواء شرط الخيار في عقد البيع أو لم يشترطه ولا يجوز عند الشافعي شرط الخيار أو لم يشترطه وقال أبو حنيفة يجوز أن يشترط اختيار عبد من عبدين أو ثلاثة ولا يجوز في عبد من أربعة والدليل على مانقوله ان كل جملة صح العقد على واحد منها معين صح العقد على واحد منها غير معين أصله قفيز من صبرة (مسئلة) وسواء اختار معظم الجملة أو اشتراها بخلاف البيع فانه لا يجوز أن يكون له الاختيار الا في اليسير من الجملة والفرق بينهما ان مايصير الى المشتري فانما يصير اليه بعقد الشراء ومابقي بيد البائع فانه لا يتناوله العقد فاذا كان البائع اختار معظم الجملة دخل الغرر مايصير الى المبتاع الجهالة بما يبقى بعد اختياره أكثر فأبطل ذلك البيع واذا كان للمبتاع اختيار معظم الجملة دخل الغرر كما يبقى للبائع فلم يبطل ذلك لانه لم يتناوله عقد (مسئلة) ومن ابتاع عشرة يختارها من غنم فوتها قبل اختياره ففي كتاب محمد له أن يختار عشرة من الأمهات دون الأولاد وهذا عندي على قول أشهب في أن الوطء يحدث في مدة الخيار للبائع وأما على قول ابن القاسم فيجب أن تكون الأولاد لمن صارت اليه الأمهات واذا كان ذلك في الخيار فبأن يكون في الاختيار أولى وأحرى ص ﴿ وسئل مالك عن الرجل يشتري الرطب من صاحب الحائط فيسلفه الدينار ماذا له اذا ذهب رطب ذلك الحائط * قال مالك يحاسب صاحب الحائط ثم يأخذ مابقي له من ديناره اذا كان أخذ بثلثي دينار رطبا أخذ ثلث الدينار والذي بقي له وان كان أخذ ثلاثة أرباع ديناره رطبا أخذ الربع الذي بقي له أو يتراضيان بينهما فيأخذ بما بقي له من ديناره عند صاحب الحائط مابدا له ان أحب أن يأخذ تمرا أو سلعة سوى التمر أخذها بما فضل له فان أخذ تمرا أو سلعة أخرى فلا يفارقه حتى يستوفي ذلك منه * قال مالك وانما هذا بمنزلة أن يكري الرجل الرجل راحلة بعينها أو يؤاجر غلامه الخياط أو النجار أو العمال لغير ذلك من الأعمال أو يكري مسكنه ويستلف اجارة ذلك الغلام أو كراء ذلك المسكن أو تلك الراحلة ثم يحدث في ذلك حدث بموت أو غير ذلك فيرد رب الراحلة أو العبد أو المسكن الى الذي سلفه مابقي من كراء الراحلة أو اجارة العبد أو كراء المسكن يحاسب صاحبه بما استوفى من ذلك ان كان استوفى نصف حقه رد عليه النصف الباقي الذي له عنده وان كان أقل من ذلك أو أكثر فبحساب ذلك يرد اليه مابقي له ﴾ ش قوله فيمن ابتاع من صاحب الحائط طعاما من تمره اذا فني

* قال مالك ولا يصلح التسليف في شيء من هذا يسلف فيه بعينه الا أن يقبض المسلف ما سلف فيه عند دفعه الذهب الى صاحبه
يقبض العبد أو الراحلة أو المسكن أو يبدأ فيما اشترى من الرطب فيأخذ منه عند دفعه الذهب الى صاحبه

لا يصلح أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا أجل * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يقول الرجل للرجل اسلفك في راحلتك فلانة اركبها في الحج وبينه وبين الحج أجل من الزمان أو يقول مثل ذلك في العبد أو المسكن فانه اذا صنع ذلك كان انما يسلفه ذهبا على انه ان وجد تلك الراحلة صحيحة لذلك الأجل الذي سمى له فهي له بذلك الكراء وان حدث بها حادث من موت أو غيره رد عليه ذهبه وكانت عليه على وجه السلف عنده * قال مالك وانما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر أو استكرى فقد خرج من الغرر والسلف الذي يكره وأخذ أمرا معلوما وانما مثل ذلك أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة فيقبضهما وينقد أثمانهما فان حدث بهما حادث من عهدة السنة أخذ ذهبه من صاحبه الذي ابتاع منه فهذا لا بأس به وبهذا مضت السنة في بيع الرقيق * قال مالك ومن استأجر عبدا بعينه أو تكارى راحلة بعينها الى أجل يقبض العبد أو الراحلة الى ذلك الأجل فقد عمل بما يصلح لا هو قبض ما استكرى واستأجر ولا هو سلف في دين يكون ضامنا على صاحبه حتى يستوفيه

ثمر الحائط يرجع عليه بما بقي له من الثمر الذي دفع اليه لانه انما اشترى منه ثمرا معينا فلما عدم قبل أن يستوفي منه ما اشترى انتقض البيع في ذلك المقدار الذي بقي له فلم يكن له الرجوع بحصة من الثمن ولا يجب تأخيره ليأخذ بدله من ثمر ذلك الحائط في العام المقبل بل يجوز ذلك ولو اتفقا عليه لانه سلم في ثمر حائط معين قبل بدو صلاحه وفسخ ما وجب له عن دين الغير في دين ثمره وله أن يأخذ منه بما بقي له شيأ معينا ثمرا أو غيره مما يؤكل أو مما لا يؤكل أكثر من المكيلة التي فسخ فيها البيع أو أقل يتنجز أخذه ولا يتأخر على حسب ما تقدم

(فصل) وقوله وانما ذلك بمنزلة أن يكري الرجل الرجل راحلته أو يؤاجره عبده الخياط ويقبض الأجرة ثم تموت الراحلة أو العبد قبل استيفاء العمل فانه يرد ما بقي عليه من الكراء ولا ينظر في هذا الى قليل ما استوفى وكثيره لانه قد فات بالاستيفاء والقبض فسواء استوفى أكثره أو أقله فانما يرجع بما بقي له من العوض ص * قال مالك ولا يصلح التسليف في شيء من هذا يسلف فيه بعينه الا أن يقبض المسلف ما سلف فيه عند دفعه الذهب الى صاحبه يقبض العبد أو الراحلة أو المسكن أو يبدأ فيما اشترى من الرطب فيأخذ منه عند دفعه الذهب الى صاحبه لا يصلح أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا أجل * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يقول الرجل للرجل أسلفك في راحلتك فلانة أركبها في الحج وبينه وبين الحج أجل من الزمان أو يقول مثل ذلك في العبد أو المسكن فانه اذا صنع ذلك كان انما يسلفه ذهبا على أنه ان وجد تلك الراحلة صحيحة لذلك الأجل الذي سمى له فهي له بذلك الكراء وان حدث فيها حدث من موت أو غيره رد عليه ذهبه وكانت عليه على وجه السلف عنده * قال مالك وانما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر أو استكرى فقد خرج من الغرر والسلف الذي يكره وأخذ أمرا معلوما وانما مثل ذلك أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة فيقبضهما وينقد أثمانهما فان حدث بهما حدث من عهدة السنة أخذ ذهبه من صاحبه الذي ابتاع منه فهذا لا بأس به وبهذا مضت السنة في بيع الرقيق * قال مالك ومن استأجر عبدا بعينه أو تكارى راحلة بعينها الى أجل يقبض العبد أو الراحلة الى ذلك الأجل فقد عمل بما يصلح لا هو قبض ما استكرى أو استأجر ولا هو سلف في دين يكون ضامنا على صاحبه حتى يستوفيه * ش قوله انه لا يصلح أن يسلف في شيء بعينه الا أن يقبض عند دفعه الذهب ما سلف فيه من العبد أو الراحلة أو المسكن أو يبدأ بأخذ ما سلم فيه من الرطب لا يصلح في شيء من ذلك تأخير ولا أجل يريد والله أعلم التأخير البين الذي يكون في مثله الغرر ولا بأس ان يتأخر قبض العبد الايام التي لا غرر فيها وأما الثمرة من الحائط المعين ففي المدونة لا بأس أن يضرب بالقبض ذلك أجلا والخمسة عشر يوما قريب

(فصل) وقد مر تفسير ما كره من ذلك أن يسلف الرجل في الراحلة المعينة يحج عليها وبين الحج أجل من الزمان وقيل ذلك في المسكن أو العبد وكأنه انما يسلفه ذهبا على انه ان وجدت تلك الراحلة صحيحة عند الأجل فهي له بذلك الكراء والا رد عليه ذهبه وكانت سلفا عنده خص ههنا المنع بالنقد دون العقد وقد قال في المدونة لا بأس أن يعجل النقد في راحلة اكتراها بعينها ليركبها بعد اليومين والأمر القريب فان تباعد فلا خير فيه ولا بأس في قول مالك أن يكتريها ليركبها بعد شهر أو شهرين مالم

ينقد وقال غيره لا يجوز فوجه رواية ابن القاسم انه اذا لم ينقده الكراء فليس فيه ما يكون مرة كراء ومرة سلفا ووجه قول الغير ان الغرر متعلق با كتراء معين لا يقبض الا الى أجل بعيد وهذا المعنى باق فى المسئلة وان عريت من النقد

(فصل) وقوله وانما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر فقد خرج من الغرر والسلف الذى يكره كالذى يشترى العبد فينقد ثمنه و يقبضه فان حدث به حدث فى عهدة السنة أخرز منه فهذا لا بأس به يريد انه فرق بين ذلك فيما لا يكثر فيه الغرر بالقبض وذلك انه من استأجر دابة يركبها بعد مدة أو عبدا يستخدمه بعد مدة ونقد ثمنه فانه يدخله الغرر المفسد للعقد لعدم القبض فيه ولو قبضه مع تعاقد الكراء عليه لزال هذا النوع من الغرر وان كنا نعلم اذا استأجر خدمة سنة أو أكثر انه تأخر قبض باقى الخدمة وقد يجوز مالك استئجاره لعشرين سنة وقد تضمنه فى أثناء ذلك ما يمنع استيفاء عمله من مرض أو موت أو اباق مما يوجب الرجوع على سيده بالاجرة التى أخذها عوضا من عمله الكراء القبض بعينه قام بعينه مقام القبض بجميع منفعته فى نفى هذا النوع من الغرر عنه لان ذلك أكثر ما يمكن أن يتحرز به فيه وهذا كما يقول انه من ابتاع عبدا معينا لا يقبضه الى سنة ونقد ثمنه انه لا يجوز ذلك ولو اشتراه فقبضه ونقد ثمنه جاز وان كنا نعلم ان ما أصابه فى أثناء السنة من جنون أو جذام أو برص فانه يوجب للمبتاع الرجوع بالثمن على بائعه * قلت ان المصحح لهذا المعنى قبض المبيع فهذا معنى قول مالك وما أشار اليه والله أعلم وأحكم

﴿ بيع الفاكهة ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من ابتاع شيأ من الفاكهة من رطبها أو يابسها فانه لا يبيعه حتى يستوفيه ولا يباع شئ منها بعضه ببعض الا يدا بيد وما كان منها مما ييبس فيصير فاكهة يابسة تدخر وتؤكل فلا يباع بعضه ببعض الا يدا بيد ومثلا بمثل اذا كان من صنف واحد فان كان من صنفين مختلفين فلا بأس بان يباع منه اثنان بواحد يدا بيد ولا يصلح الى أجل وما كان منها مما لا ييبس ولا يدخر وانما يؤكل رطبا كهيئة البطيخ والقثاء والخربز والجزر والاترج والموز والرمان وما كان مثله وان يبس لم يكن فاكهة بعد ذلك وليس هو مما يدخر ويكون فاكهة قال فأراه خفيفا أن يؤخذ منه من صنف واحد اثنان بواحد يدا بيد فاذا لم يدخل فيه شئ من الأجل فانه لا بأس به ﴾ ش قوله رحمه الله من ابتاع شيأ من الفواكه رطبها أو يابسها فانه لا يبيعه حتى يستوفيه لما فيه من حق توفيته بوزن أو كيل أو عدد ونص على الفواكه فى هذه المواضع ليلحقها بما تقدم من قوله فى الطعام المقتات وهذا هو المشهور من المذهب وقد تقدم ذكر الخلاف فيه

(فصل) وقوله ولا يباع شئ منها بعضه ببعض الا يدا بيد يريد بجنسه أو بغير جنسه لان حكم التناجز لا يختص بالجنس وان اختص به التفاضل ولذلك جاز بيع الذهب بالورق متفاضلا وشرط فيه المناجزة

(فصل) وقوله وما كان منها مما ييبس فيصير فاكهة يابسة يدخر ويؤكل فلا يباع بعضه ببعض مثلا بمثل اذا كان صنفا واحدا جعل ههنا علة تحريم التفاضل اليبس والادخار للأكل وقد تقدم ذكره مع ماله فى ذلك من القولين الآخرين ان العلة الاقتيات وان العلة الادخار للاقتيات وعلى حسب هذا تختلف أجوبته وأجوبة أصحابنا فى فروع مسائل هذا النوع

(فصل) وقوله وان كان مما ييبس و يدخر وانما يؤكل رطبا كالبطيخ والقثاء والخربز والاترج

﴿ بيع الفاكهة ﴾
* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من ابتاع شيأ من الفاكهة من رطبها أو يابسها فانه لا يبيعه حتى يستوفيه ولا يباع شئ منها بعضه ببعض الا يدا بيد وما كان منها مما ييبس فيصير فاكهة يابسة تدخر وتؤكل فلا يباع بعضه ببعض الا يدا بيد ومثلا بمثل اذا كان من صنف واحد فان كان من صنفين مختلفين فلا بأس بأن يباع منه اثنان بواحد يدا بيد ولا يصلح الى أجل وما كان منها مما لا ييبس ولا يدخر وانما يؤكل رطبا كهيئة البطيخ والقثاء والخربز والجزر والاترج والموز والرمان وما كان مثله وان يبس لم يكن فاكهة بعد ذلك وليس هو مما يدخر ويكون فاكهة قال فاراه خفيفا أن يؤخذ منه من صنف واحد اثنان بواحد يدا بيد فاذا لم يدخل فيه شئ من الأجل فانه لا بأس به

والموز والرمان وما كان مثله وان يبس لم يكن فاكهة بعد ذلك فليس هو مثل ما يدخر ويكون فاكهة يجوز فيه التفاضل يريد ان هذه الفاكهة التي نص عليها ليست مما ييبس ويدخر وما ييبس من ذلك لم يكن فاكهة بعد اليبس فهذا يجوز التفاضل في الجنس الواحد وقد قال في المزابنة أجاز مالك فيها التفاضل وان كانت من صنف واحد قال البطيخ والخربز والقثاء وما أشبه ذلك والخوخ والرمان والاجاص وعيون البقر والموز فهذا كله يجوز فيه التفاضل اذا كان رطبا كله وروى يحيي عن ابن نافع الخوخ والرمان والاجاص وعيون البقر والموز مما يدخر وييبس فلا يباع بعضه ببعض متفاضلا الا مثلا بمثل ان كان رطبا كله

﴿ بيع الذهب بالورق عينا وتبرا ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السعدين أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة فباعا كل ثلاثة بأربعة عينا وكل أربعة بثلاثة عينا فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أربيتما فردا ﴾ ش قوله أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السعدين أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة من باب الوكالة في المراطلة بالذهب والمبادلة ومن شرط صحتها أن يتولى قبض العوض فيهما من عقدها فان عقده هو الصرف ووكل من يقبض أو وكل من يصرف ويقبض هو فابن المواز حكى عن مالك لا يجوز شئ من ذلك وهذا اذا فارق الذي عقد الصرف قبل أن يقبض الآخر لان من عقد الصرف قد فارق من صارفه قبل القبض وانما راعى في فساده مفارقة العاقد قبل القبض (مسئلة) فان عقد الصرف ودفع الدينار وأحال عليه من يقبض منه الدراهم ثم فارقه قبل القبض فلا خلاف في أنه لا يجوز وان قضاه قبل مفارقة المصارف له ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم لا خير في ذلك سواء أحال بجميع الدراهم أو ببعضها وروى زيد بن بشر عن ابن وهب لا بأس به وقال أشهب لا يفسخ ذلك الا أن يفارقه قبل قبض المحال بالدراهم سواء ثبت دين المحال عليه قبل عقد الصرف أو بعده فقول ابن القاسم مبني على أن من شرط الصرف أن يقبض العاقد العوض وعند أشهب من شرطه أن لا يفارقه قبل القبض سواء قبض هو أو غيره بمنزلة الاقالة في السلم والفرق عند ابن القاسم بين ذلك وبين الصرف ان الصرف أشد لان سرعة القبض فيه معتبرة لنفسها لا لمعنى غيرها والاقالة في السلم لم يلزم القبض فيها قبل التفرق لان ذلك مقتضى عقد الاقالة بدليل جواز تأخير القبض في الاقالة من الأعيان وانما يلزم ذلك فيها لئلا يؤول الى فسخ دين في دين والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان دينار بين رجلين صرفاه من رجل بدراهم ثم وكل أحدهما صاحبه على قبض الدراهم وانقلب هو قبل القبض ان ذلك جائز ان قبض الثاني قبل أن يفارق الصراف حكاه ابن المواز عن ابن القاسم قال وكذلك الحلي ووجه ذلك انه لما كان لكل واحد منهما حصة في الدينار كان كل واحد منهما قد باع جميعه فجاز له قبض الثمن ولم يفسده مفارقة صاحبه الصراف ولو باع رجل دينارا من رجلين فوكل أحدهما الآخر على قبضه جاز ذلك قال محمد وذلك اذا اشتركا في الدراهم قبل الصرف وأما ان كان أحدهما دفع اليه عشرة دراهم ودفع الآخر اليه مثلها ثم أرادا أن يدفع اليهما بذلك دينارا لم يجز لان كل واحد منهما لا يصح منه القبض (فصل) وقوله أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة ظاهر لفظ آنية يقتضي صحتها وبقاء صياغتها ويؤكد هذا الظاهر انهما باعا كل ثلاثة بأربعة وذلك يقتضي جواز اتخاذ ذلك لان

﴿ بيع الذهب بالفضة تبرا وعينا ﴾
* حدثني يحيي عن مالك عن يحيي بن سعيد انه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السعدين أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة فباعا كل ثلاثة بأربعة عينا وكل أربعة بثلاثة عينا فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أربيتما فردا

مالايجوز اتخاذه لايجوز بيعه بل لايجوز اقراره ولا تملكه ولما أمر النبي صلى الله عليه وسلم ببيعها ولم يأمر باتلاف صياغتها اقتضى ذلك بيعها على هيئتها وذلك معنى اتخاذها وقد قال مالك في كتاب الزكاة من المدونة في الرجل يشتري آنية ذهب أو فضة زنتها أقل من قيمتها يزكي وزنها فجعل للصياغة قيمة وذلك يقتضي اباحتها وقال في الصرف في المدونة كان مالك يكره هذه الأشياء التي تصاغ من الفضة والذهب كالأباريق والمداهن والمجامر والأقداح فيحتمل أن يريد بذلك كراهية بيعها بجنسها متفاضلا أو كراهية استعمالها فيحتمل أن يريد كراهية اتخاذها فأما استعمالها فلا خلاف في المذهب في تحريمه وهو قول جمهور الفقهاء وأما اتخاذها فقد ذكر فيه عن مالك ما تقدم

(فصل) وقوله فباعا كل ثلاثة بأربعة عينا وكل أربعة بثلاثة عينا فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أربيتما فردا يقتضي منع الزيادة في الذهب بالذهب والورق بالورق وذلك ان هذين لايجوز بينهما التفاضل في الجنس ولا خلاف في ذلك الا ما روي عن ابن عباس والدليل على صحة ما ذهب اليه الجمهور قول الله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وان ربا الزيادة وما روي عن ابن عمر الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لافضل بينهما هذا عهد نبينا الينا وعهدنا اليكم وقد روي أن ابن عباس رجع عنه وسواء تبره ومسكوكه ومصوغه وجيده ورديئه في وجوب التساوي وتحريم التفاضل (مسئلة) ولا اعتبار بالسكة ولا بالصياغة في شيء من ذلك فان كان المصوغة أدون ذهبا والتبر أفضل فلا بأس بذلك لان الصياغة تبع ملغى غير مؤثر كالجودة ولو ثبت له في ذمته ذهب مصوغ أو مسكوك فأراد أن يقبض عنه تبرا أفضل ذهبا لم يجز ذلك لان الصياغة قد ثبتت له في ذمته فصارت حقا له ثم تركها عوضا عن جودة الذهب التبر فدخل ذلك التفاضل لانه صياغة وذهب بذهب وليس كذلك المراطلة فان الصياغة لم تثبت في ذمته فلا تأثير لها

(فصل) وقوله أربيتما فردا يريد والله أعلم وأحكم أفضلتما فيما يحرم فيه التفاضل وعلة الربا في الذهب والفضة انهما أصول الأثمان وقيم المتلفات وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة علتهما الوزن والدليل على ابطال مذهبه في أن الحديد والكحل فيه الربا ان ما لايثبت الربا في مصوغه لايثبت في غير مصوغه كالتراب والدليل على ابطال علتهم انه لو كانت علة الربا في الورق والذهب الوزن لما جاز أن يسلم في موزون لان كل عينين جمعتهما علة واحدة في الربا لم تسلم احداهما في الأخرى كالذهب والفضة ولما أجمعنا على أنه يجوز تسليم الذهب والفضة في الموزون علمنا انه لم يجمعهما علة الربا

(فصل) وقوله فردا أمرهما برد البيع ولم يسئلهما عن فواته والذهب المبيع على ضربين مصوغ وغير مصوغ فأما غير المصوغ فانه لايفوت البيع فيه بوجه ولا يمنع رد فاسده لأنه مما له مثل وقد قدمنا أن ما له مثل لايفوت بفوات عينه لوجود مثله وأما المصوغ فاختلف أصحابنا فيه فحكى ابن المواز أنه ان باعه جزافا أنه تفيته حوالة الاسواق وان كان سيفا على قبضته الأكثر لم تفته حوالة الاسواق ويفيته البيع والتلف أو قلع قبضته فيرد قيمته قال محمد وليس بالقياس والذي حكى محمد في مسئلة السيف هو مذهب ابن القاسم في المدونة وهي رواية تخالف ما ذكره في الحلي ووجه ما ذكره في مسئلة الحلي أن هذا غير مكيل ولا موزون ففات بحوالة الاسواق كصبرة القمح ووجه رواية ابن القاسم أن العين لاقيمة له فلما كانت عينه موجودة وجب رده لان الاشياء تقوم به ولا يقوم هو بغيره فلا تتغير قيمته بتغير الاسواق وأما نقصه فقد غير عين المبيع لما أدخل نقصا فلزمته القيمة وقد قال سحنون في مسئلة السيف لاتفوت بالبيع ويحتمل تخصيص ذلك بالعين خاصة فان قلنا ان

ذلك حكم كل بيع فاسد فوجهه أن البيع الثاني فرع للأول فاذا لم يصح الاول بوجه من وجوه الصحة لم يصح الثاني فوجب نقضهما وان قلنا ان ذلك يختص بالعين فانه لا تختلف قيمته بوجه فلم يفت مع بقاء عينه والاظهر أن المصوغ تعتبر قيمته لأنه لو أتلفه انسان لوجبت عليه قيمته ص ﴿ مالك عن موسى بن أبي تميم عن أبي الحباب سعيد بن يسار عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما يريد إيجاب التساوي وتحريم التفاضل في كل شيء من ذلك بجنسه وبدل الدنانير بالدنانير والدراهم بالدراهم على وجهين أحدهما وزنا والثاني عددا فأما الوزن فلا يجوز فيه الا التساوي ولا تجوز فيه زيادة على وجه معروف ولا مسامحة ولا يجوز أن يكون مع أحدهما زيادة من جنسه ولا من غير جنسه لأن العوض الآخر يتقسط على الذهب والزيادة التي معها فيؤدي الى التفاضل في الذهب واختلف قول مالك في الرجل يأتي دار السكة فيدفع اليهم فضة وزنا ويأخذ منهم وزنها دراهم ويعطيهم أجرة العمل فقال مرة أرجو أن يكون خفيفا وذكره ابن المواز ورواه عيسى عن ابن القاسم ومنع من ذلك عيسى بن دينار وحكاه ابن حبيب عن جماعة من أصحاب مالك وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجه رواية الجواز على الكراهية ما احتج به من ضرورة الناس الى الدراهم وتعذر الصرف الا في ذلك الموضع مع حاجة الناس الى الاستعجال وانحفاز المسافر للمرور مع أصحابه وخوفه على نفسه في الانفراد ويخاف ان غاب عنه ذهبه أن لا يعطاه ويعطل به والضرورة العامة تبيح المحظور وأما اليوم فقد صار الضرب بكل بلد واتسع الامر فلا يجوز له ووجه رواية المنع انه لا يخلو أن يكون بيعا أو اجارة فان كان بيعا ففيه التفاضل في الذهب وان كان اجارة فهو اجارة وسلف وذلك غير مؤثر في الوجهين وأما الصائغ فلا يجوز ذلك معه قولا واحدا قاله ابن حبيب في واضحته (مسئلة) وأما المبادلة بالعدد فانه يجوز ذلك وان كان بعضها أوزن من بعض في الدينار والدينارين على سبيل المعروف والتفضل وليس ذلك من التفاضل لأنهما لم يبنيا على الوزن ولهذا النوع من المال تقديران الوزن والعدد فان كان الوزن أخص به وأولى فيه الا أن العدد معروف فاذا عمل فيه على العدد جوز يسير الوزن زيادة على سبيل المعروف مالم يكن في ذلك وجه من المكايسة والمغابنة فيمنع منه وهذا عند ناميني على مسئلة العرية وذلك ان العرية لما كان للثمرة تقديران أحدهما الكيل والآخر الخرص والتحري جاز العدول عن أولها الى الثاني للضرورة على وجه المعروف فكذلك الدنانير والدراهم (مسئلة) وهذا اذا كانت الدنانير كلها سواء فان كانت متفاضلة في الجودة فلا يخلو أن تكون الوازنة أدنى ذهبا أو أفضل فان كانت أدنى ذهبا لم يجز لأنه أخذ فضل صاحبه في زيادة وزن ذهبه وان كانت الوازنة أفضل ذهبا فان مالكا كرهه وجوزه ابن القاسم وجه قول مالك ان المبادلة انما جازت فيها على وجه المعروف فاذا اختلفت أعيانها وجب أن لا يجوز كالعرية لما كان طريقها البدل على وجه المعروف لم يجز أن يشترط فيها غير مثل الثمرة لا أفضل ولا أدون ووجه قول ابن القاسم البعد عن التهمة لكون فضل الجودة والوزن من جهة واحدة ولا يحتمل ذلك غير مجرد التفضل (فرق) فان قلنا بقول مالك فانه يجوز أن يأخذ عند الجداد من غير جنس العرية لأنهما لم يعقدا البيع على ذلك وفي مسئلتنا عقد البيع عليه فوزانه أن يعقدا بيع العرية على غير الجنس فلا يجوز وفي العتبية فيمن أبضع مع رجل دينارا فلا بأس أن يبدله بأجود منه عينا ووزنا قال ويعلم صاحبه ومعنى ذلك أنه لم ينعقد فيه

* وحدثني عن مالك عن موسى بن أبي تميم عن أبي الحباب سعيد بن يسار عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما

صرف ولا بدل وانما هو معروف (مسئلة) ولا يجوز هذا في كثير الذهب العشرة دنانير ونحوها لأن ما كان هذا حكمه من المعروف فانه يختص باليسير دون الكثير كبيع العرية

ص ﴿ مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيأ غائبا بناجز ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل عام في جميع أنواعه من التبر والمسكوك والمصوغ والجيد والردىء وقوله صلى الله عليه وسلم ولا تشفوا بعضها على بعض يقتضي المنع من يسير الزيادة لأن الشفوف انما يستعمل في يسير الزيادة وأما قوله صلى الله عليه وسلم ولا تبيعوا منها غائبا بناجز فانه منع النسا فيها والعقد على غائب حين العقد منهما لأن الغائب ما غاب عن العقد المذكور وفائدة ذلك أن التقابض في العوضين منهما شرط في صحة العقد علم ما لأنهما محال أن يشترط حضورهما العقد ويؤخر قبضهما ص ﴿ مالك عن حميد بن قيس المكي عن مجاهد انه قال كنت مع عبد الله بن عمر فجاءه صائغ فقال له يا أبا عبد الرحمن اني أصوغ الذهب ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه فأستفضل من ذلك قدر عمل يدي فنهاه عبد الله عن ذلك فجعل الصائغ يردد عليه المسئلة وعبد الله ينهاه حتى انتهى الى باب المسجد أو الى دابة يريد أن يركبها ثم قال عبد الله بن عمر الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهد نبينا الينا وعهدنا اليكم ﴾ ش منع عبد الله بن عمر من بيع المصوغ من الذهب بأكثر من وزنه غير مصوغ على ما تقدم في حديث السعدين من منعه صلى الله عليه وسلم من بيع الآنية من الذهب أو الورق بأكثر من وزنها ومراجعة الصائغ له في ذلك رجاء أن يكون جوابه انما صدر على ذهبين غير مصوغين فان حكم المصوغ أحدهما بخلاف ذلك ولعله أن يكون سمع في ذلك اباحة ممن لم يعتمد على قوله فرجا أن يجد مثل ذلك عند عبد الله بن عمر وسؤاله له في الطريق دليل على التواضع مع أن المسئلة كانت عنده من البيان بحيث لم يحتج الى اعمال النظر فيها والتمكن منها لذكر حكمها

(فصل) وقوله الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما يحتمل معنيين أحدهما ان هذا اسم لهذا المقدار من كل ذهب وورق مصوغا كان أو غير مصوغ ولذلك يقال في هذا الاناء مائة دينار ذهبا وفي هذا الحلي مائة درهم ورقا وان لم يكن شيء من ذلك مضروبا فيكون قوله الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم عام في كل ذهب وورق مصوغين كانا أو غير مصوغين والثاني أن يكون الدينار والدرهم اسما للمضروب دون غيره ولكنه قاس المصوغ عليه على ما قدمناه

(فصل) وقوله الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم يقتضي ثلاثة أشياء المبايعة والمبادلة والقضاء فأما المبايعة فانها تختص في الأغلب بمعاوضة العروض بعضها ببعض والعرض بالأثمان وأما الأثمان بعضها ببعض فان لها اسما أخص وان بيع منها شيء بغير جنسه فاسم الصرف أخص به وان بيع منها شيء بجنسه فاسم المبادلة والمراطلة أخص به وهما يختلفان في المعنى وذلك ان المراطلة تكون وزنا والمبادلة تكون عددا (مسئلة) فأما القضاء فقد تكون قضاء عن سلف وقضاء عن غير سلف فان كانت عن سلف وأسلفه ذهبا عددا فقضاه مثل عدده ووزنه كان هذا معنى الدينار بالدينار عددا ووزنا فان قضاه مثل عدده أو أدون أو أنقص جاز ذلك لان عبرة السلف بالعدد والنقص في الوزن صفة من صفة الدينار لا اعتبار لها في الكثرة والقلة كالجودة والرداءة فان قضاه أقل من عدده في كل وزنه جاز لان القبض يجوز قليله وكثيره في قضاء السلف وان قضاه أكثر من عدده في مثل

* وحدثني عن مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيأ غائبا بناجز * وحدثني عن مالك عن حميد بن قيس المكي عن مجاهد انه قال كنت مع عبد الله ابن عمر فجاءه صائغ فقال له يا أبا عبد الرحمن اني أصوغ الذهب ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه فأستفضل من ذلك قدر عمل يدي فنهاه عبد الله عن ذلك فجعل الصائغ يردد عليه المسألة وعبد الله ينهاه حتى انتهى الى باب المسجد أو الى دابة يريد أن يركبها ثم قال عبد الله بن عمر الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهد نبينا الينا وعهدنا اليكم

وزنه يجب على أصل المذهب أن لا يجوز من ذلك الا اليسير لان الزيادة في قضاء السلف معفو عن يسيرها دون كثيرها وان قضاه أقل عددا أو أكثر وزنا أو أكثر عددا أو أقل وزنا لم يجز ذلك لانه قد وجد الاختلاف بين الذهبين على وجه يقتضي المغابنة وذلك ينفي الجواز (مسئلة) فان كان السلف وزنا فقضاه مثل وزنه فهو جائز في مثل ذلك العدد وأقل منه وأكثر لان اعتبار الوزن يبطل اعتبار العدد فتى كان التعامل بالوزن فلا اعتبار بالعدد في قليل ولا كثير وان قضاه أقل من وزنه في مثل عدده أو أقل منه أو أكثر فهو جائز لما ذكرناه من انه لا اعتبار بالعدد في هذا الوجه وان قضاه أكثر من وزنه فان كانت الزيادة يسيرة فقد جوزه ابن القاسم الرجحان اليسير وكرهه في الكثير كالعشرين دينارا في المائة وجوزه أشهب في مثل الدينار والدينارين والاردب من الطعام والاردبين وان كان ذلك على غير موعد ولا عادة ووجه تجويز اليسير انه لا يقصد السلف لمثله فتبعد التهمة به وأما الكثير فانه يقصد بالسلف فيمتنع للذريعة وان كانت الزيادة في غير مجلس القضاء حتى ينفصل منه ولا تكون تبعا له فلا بأس بذلك لانها منفصلة من السلف في قضائه فكان له حكم الهبة المبتدأة

(فصل) فان كان القضاء على غير سلف مثل أن يكون من بيع فلا يخلو أن يكون ما ثبت منه في ذمته من ذلك مقدرا بالعدد أو الوزن فان ثبت مقدرا بالعدد فلا يجوز أن يقضيه وزنا لان العدد معنى قد ثبت به في الذمة ثمن فلا بد من مراعاته كالوزن وان ثبت في ذمته مقدرا بالوزن والعدد جاز أن يعطيه مثل ذلك الوزن على غير ذلك العدد لانه متى اجتمع الوزن والعدد بطل حكم العدد (مسئلة) وان كان ما ثبت في ذمته من ذلك مقدرا بالوزن جاز أن يعطيه أكثر مما ثبت في ذمته من الوزن بخلاف القرض اذا كان مثل صفة ما ثبت له أو أفضل وجاز أن يعطيه أقل وزنا وأدون ولا يجوز أن يعطيه أفضل وزنا وأدون صفة ولا أفضل صفة وأنقص وزنا لما ذكرناه مما يدخله من التفاضل بصورة التشاح والتغابن (مسئلة) فان أراد أن يقضيه عددا فان كان العدد أفضل عيونا ووزنا كالقائمة من المجموعة جاز وان كانت أفضل عيونا وأقل وزنا كالفرادى من المجموعة جاز وان كانت أفضل عيونا وأقل وزنا لم يجز لما قدمناه ص ﴿ مالك انه بلغه عن جده مالك بن أبي عامر أن عثمان بن عفان قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ﴾ ش قوله لا تبيعوا الدينار بالدينارين يحتمل المنع من التفاضل في العدد لما جرت به العادة من التعامل بها عددا ومنع قطعها فكان ذلك منعا من التفاضل فيها على ذلك الوجه لان زيادة دينار آخر قلما يوجد من التفاضل بين الذهبين على هذا الوجه فنص على أقل الزيادة لينبه بذلك على المنع من أكثرها ويحتمل أن يريد به المنع لمن رآه باع دينارا بدينار نقص فعله ذلك بالمنع كما روى أبو سلمة عن أبي سعيد انه قال كنا نبيع تمر الجمع صاعين بصاع فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا صاعي تمر بصاع ولا صاعي حنطة بصاع ولا درهمين بدرهم ص ﴿ مالك عن زيد ابن أسلم عن عطاء بن يسار أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الا مثلا بمثل فقال له معاوية ما أرى بمثل هذا بأسا فقال أبو الدرداء من يعذرني من معاوية أنا أخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويخبرني عن رأيه لا أساكنك بأرض أنت بها ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فكتب عمر بن الخطاب الى معاوية أن لا تبيع ذلك الا مثلا بمثل وزنا بوزن ﴾ ش ماذهب

وحدثني عن مالك انه بلغه عن جده مالك بن أبي عامر أن عثمان بن عفان قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين * وحدثني عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الا مثلا بمثل فقال له معاوية ما أرى بمثل هذا بأسا فقال أبو الدرداء من يعذرني من معاوية أنا أخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويخبرني عن رأيه لا أساكنك بأرض أنت بها ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فكتب عمر بن الخطاب الى معاوية أن لا تبيع ذلك الا مثلا بمثل وزنا بوزن

وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر ابن الخطاب قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز وان استنظرك الى أن يلج بيته فلا تنظره انى أخاف عليكم الرماء والرماء هو الربا * وحدثني عن مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن عمر ابن الخطاب قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا

اليه معاوية من بيع سقاية الذهب بأكثر من وزنها يحتمل أن يرى في ذلك ما رآه ابن عباس من تجويز التفاضل في الذهب نقدا ويحتمل أن يكون لا يرى ذلك ولكنه جوز التفاضل بين المصوغ منه وغيره لمعنى الصياغة وقول أبي الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا أنكر عليه فعله من تجويزه التفاضل في الذهب واحتاج الى الاحتجاج بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن مثل ذلك لان معاوية من أهل الفقه والاجتهاد فليس لأبي الدرداء صرفه عن رأيه الذي روى الا بدليل وحجة بينة وقد روى ابن أبي مليكة قيل لابن عباس هل لك في أمير المؤمنين معاوية ما أوتر الا بواحدة قال أصاب انه فقيه

(فصل) وقول معاوية ما أرى بمثل هذا بأسا يحتمل أن يرى القياس مقدما على أخبار الآحاد على ما روى عن مالك وذلك لما يجوز على الراوي من السهو والغلط والصواب تقديم خبر الواحد العدل لان السهو والغلط يجوز فيه على الناظر المجتهد أكثر مما يجوز على الناقل الحافظ الثقه وقد بينت ذلك في أحكام الفصول ويحتمل أن يرى تقديم أخبار الآحاد الا انه حمل النهي على المضروب بالمضروب دون المصوغ بالمضروب ورأى ان الصياغة معنى زائد يجوز أن يكون عوضا للفضل على حسب ما يقول أبو حنيفة فيمن باع مائة دينار في قرطاس بمائتي دينار ان ذلك جائز ويجعل القرطاس عوضا للمائة الأخرى

(فصل) وقول أبي الدرداء من يعذرني من معاوية أنا أخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويخبرني عن رأيه انكار منه على معاوية التعلق برأي يخالف النص ولم يحمل ذلك من معاوية على التأويل وانما حمله منه على رد الحديث بالرأي اما لانه لم يرد بقوله عن مثل هذا الا المصوغ بالمضروب وفيه نقل النهي فيمتنع التأويل والتخصيص واما لانه حمل قول معاوية ما أرى بمثل هذا بأسا على تجويز التفاضل بين الذهبين في الجملة دون تفصيل وأما التأويل فلا خلاف في جوازه وفيما قاله أبو الدرداء تصريح بأن أخبار الآحاد مقدمة على القياس والرأي وقوله لا أساكنك بأرض أنت فيها مبالغة في الانكار على معاوية واظهار لهجره والبعد عنه حين لم يأخذ بما نقل اليه من نهي النبي صلى الله عليه وسلم ويظهر الرجوع عما خالفه

(فصل) وقوله ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له على معنى رفع ما ينكر الى الامام اذا لم يستطع على تغيير المنكر عنده فكتب عمر بن الخطاب الى معاوية أن لا يبيع ذلك الا وزنا بوزن على حسب ما يجب على الامام من أمر حكامه بالحكم بالحق والتبصير لهم بصواب الأحكام وقوله الا وزنا بوزن يقتضي المنع من الجزاف في ذلك لان ما حرم فيه التفاضل يحرم فيه الجزاف لانه لا يعلم معه التساوي والجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل في التحريم والمنع من صحة العقد ولا يجوز التحري في هذا لما جرت العادة من قلة التسامح بيسيره ولم ينكر عمر رضي الله عنه على معاوية ما راجع به أبو الدرداء لما احتمل من التأويل على ما قدمناه والله أعلم وأحكم ص * مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر أن عمر بن الخطاب قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز وان استنظرك الى أن يلج بيته فلا تنظره انى أخاف عليكم الرماء والرماء هو الربا * مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا

شيأ منها غائبا بناجز وان استنظرك الى أن يلج بيته فلا تنظره انى أخاف عليكم الرماء والرماء هو الربا ﴾ ش قوله ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز منع من تأخر أحد العوضين فى الصرف عن حال النقد وذلك يمنع الاجل فى الصرف والعقد على تأخير قبضه لان الناجز هو ما نجز القبض فيه حال العقد والغائب يصح أن يراد به ما غاب عن المشاهدة حال العقد مثل أن يكون فى كم الصير فى أوفى تابوته ويحتمل أن يريد به ما غاب عن الحضور وقت العقد وهذا هو الأظهر فيه لمقابلته بالناجز ولو أراد المشاهدة لقال ولا تبيعوا منها غائبا بمشاهد وقد كره مالك أن يعقد مع الصير فى على دينار بدراهم فيدفع اليه الدينار فيخلطه بذهبه أوفى تابوته ثم يخرج الدراهم ويترك الدينار حتى يخرج الدراهم ويحضر العينان فهو أبلغ فى المناجزة صورة ومعنى لان أخذ الدينار وتغيبه ثم اخراج الدراهم بعد ذلك ليس على صورة المناجزة بل هى من أفعال التأخير وصفة التبايع فيما لا يراعى فيه التقابض والتناجز (مسئلة) فان تعاقدا الصرف ولم يكن عند أحدهما ما عقد عليه ثم استسلف أحدهما دينارا والآخر دراهم ولم يفترقا حتى تقابضا لم يجز ذلك لان كل واحد منهما قد عقد الصرف على غائب لم يكن حاضر الصفة فيعقد عليه ولا كان على يقين من امكان ما يقبضه فقد دخل فى العقد على غير ما يقتضيه ويصححه من التناجز والتقابض حال العقد (مسئلة) وان أخرج أحدهما الدينار واستسلف الآخر الدراهم فتناقدا قال أشهب لا يجوز ذلك وقال ابن القاسم ان كان شيأ قريبا كحل الصرة ولا يقوم لذلك ولا يفترقان فلا بأس به وجه قول أشهب ان عقد الصرف قد تناول غائبا والفساد فى أحد العوضين كالفساد فيهما فى ابطال العقد ووجه قول ابن القاسم ان الذى حضر عوضه ولم يحتج أن يستسلف يصح العقد من جهته لانه صارف بناجز وعقد الصرف على أن صاحبه بمثابته فهو يقول لصاحبه انك أردت الاستسلاف لافساد ما انعقد بيننا من الصرف على الصحة فلا أصدقك كما لو أسلفه دنانير ثم ادعى انه قصد الانتفاع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان حلول ما فى الذمة يقوم مقام حضور ما هى مشغولة به والقبض يتنجز فيه بابرائها منه فان كان لرجل على رجل دراهم لم يجز أن يدفع اليه فيها ذهبا قبل الأجل لان ذلك من باب التناجز فى الصرف لان تأجيلها يقوم مقام تأخير القبض فيها الى أجلها ولا بأس اذا حل أجلها والأصل فى ذلك ما روى عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبقيع بالدنانير وآخذ الدراهم فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم قال لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم يفرق بينكما شئ ومن جهة المعنى ان حلول ما فى الذمة بمنزلة حضوره والابراء منه يقوم مقام القبض فيه وذلك يقتضى الجواز ولو كان لرجل على رجل دنانير ولآخر عليه دراهم حالة جاز أن يتطارحاها صرفا لما ذكرنا (مسئلة) والغاصب اذا غصب دنانير ثم لقى صاحبها وقال ان ذهبك فى دارى فصارفه عنها بدراهم روى ابن القاسم عن مالك جواز ذلك لان ما غصب من الذهب متعلق بذمته ويصح قبضه له بالبراءة وهذا القول مبنى على أن الدنانير والدراهم لا تتعين فى الغصب وقد ذكر القاضى أبو الحسن ان هذه رواية عن مالك (مسئلة) وأما الوديعة فهل يجوز ذلك فيها قال ابن القاسم لا يجوز وروى فى كتاب ابن المواز أشهب عن مالك انه جائز وجه الرواية الاولى فى ذلك أن حق المودع متعلق بعين ماله لانه لم يتعلق بذمة غيره فلا يجوز أن يصارف به الا عند حضوره ووجه القول الثانى انه لما كان للمودع التصرف فيها بالاستسلاف ومالكا لذلك لكونها فى يده صح أن يعتقد عند الصرف انه قد استسلفها فتتعلق بذمته ثم يصارف فيها ويجب على هذا أن لا يجوز فى الحلى قولا واحدا (مسئلة) وأما الرهن فقال ابن القاسم لا يجوز ذلك فيه وقال مالك من رواية محمد عنه

شيأ منها غائبا بناجز وان استنظرك الى أن يلج بيته فلا تنظره انى أخاف عليكم الرماء والرماء هو الربا

ذلك جائز وجه الرواية الأولى ما قدمناه من تعلق حق الراهن بعين ماله ووجه الرواية الثانية تعلق الرهن بضمان المرتهن ويجيء على هذا التعليل جواز مثله في العارية والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وان استنظرك الى أن يلج بيته فلا تنظره يريد المنع من التفرق قبل التناجز بالتقابض وان قرب فان تأخر قبض أحد العوضين عن وقت الصرف بطل العقد فيه هذا اذا كان مقتضى العقد فان العقد مبني على الفساد وان عرا عن ذلك العقد فاختار اذلك بعد تمام العقد طرأ على العقد الفساد لعدم ما هو شرط في صحته وتمامه بأن طلب أحدهما صاحبه بالتناجز وامتنع منه الآخر حتى احتاجا الى التفرق والتحاكم (مسئلة) والتأخر اليسير من أحد عوضي الصرف يقوم مقام تأخر جميعه في ابطال العقد وهذا مبني على ان العقد متى بطل بعضه لحق الله تعالى بطل جميعه وذلك بأن تجمع الصفقة حلالا وحراما فانه يبطل جميعها هذا المشهور من مذهب مالك ورأيت لزياد بن عبد الرحمن الأندلسي رواية عن مالك فيمن سلم مائة دينار في مائة اردب حنطة فقضى فيها خمسين وأخذ خمسين انه يصح منها ما قضى ثمنه ويبطل ما أخذ ثمنه وهذا يقتضي انه انما يبطل من الصفقة ما يختص به الفساد ويصح منها ما عرا عن الفساد وبه قال الشافعي

(فصل) وقوله اني أخاف عليكم الرما والرما هو الربا وأصل الربا في كلام العرب الزيادة يقال أربيت على كذا بمعنى زدت عليه فمعنى ذلك اني أخاف عليكم الزيادة في أحد العوضين من جنس واحد في العين والزيادة هي الربا الذي نهى الله تعالى عنه في قوله تعالى وحرم الربا ونهى عنه رسوله صلى الله عليه وسلم ص ﴿ مالك انه بلغه عن القاسم بن محمد انه قال قال عمر بن الخطاب الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم والصاع بالصاع ولا يباع كالئ بناجز ﴾ ش قوله الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم يريد متساويين وقوله الصاع بالصاع يريد من جنس واحد ولا يباع كالئ بناجز يريد مؤخرا بمعجل ويحتمل أن يريد من الجنس الواحد والجنسين اذا جمعهما علة واحدة في الربا وهذا الذي عليه جمهور الفقهاء وبه قال الشافعي وجوز ذلك أبو حنيفة وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ص ﴿ مالك عن أبي الزناد انه سمع سعيد بن المسيب يقول لا ربا الا في ذهب أو فضة أو ما يكال أو يوزن بما يؤكل أو يشرب ﴾ ش قوله لا ربا الا في ذهب أو فضة يقتضي ان علة الربا فيهما عندنا ما قدمناه من أنها أصول الأثمان وقيم المتلفات وقوله أو ما يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب يقتضي أن علة الربا عنده في المطعوم انه مطعوم مكيل أو موزون فعلى هذا يثبت الربا عنده في الخضر الموزونة والفواكه الرطبة المكيلة فقد تقدم الكلام في ذلك ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول قطع الذهب والورق من الفساد في الارض ﴾ ش قوله ان قطع الذهب والورق من الفساد في الارض يريد قطع الدنانير الصحاح والدراهم الصحاح من الفساد في الارض وذلك على ضربين أحدهما أن يقطعها ليبيعها مقطعة فانه من الفساد لانه يتسبب الى ادخال الغش في الذهب والورق لانه اذا قطعت صغارا أدخل بينها المغشوش وتسامح الناس بانفاق اليسير منه في الجملة وخفي على كثير من الناس تمييزه من غيره والضرب الثاني قرضها في البلد الذي يجري فيه عددا لينفقها عددا فيبقى عنده ما قد قرض منها حبة من كل مثقال فيستعمل ذلك فهذا لا يجوز لانه من الغش ووجه ذلك ان الذي يأخذه منه انما يأخذه على أنه وازن ولا فرق بين أن يغش بنقصه أو يغش بادخال الداخل في جودته وقد قال الشيخ أبو اسحق يؤدب كاسر الدنانير والدراهم قال الله تعالى قالوا ياشعيب أصلاتك تأمرك أن نترك ما يعبد آباؤنا أو أن نفعل في أموالنا ما نشاء

* وحدثني عن مالك انه بلغه عن القاسم بن محمد انه قال قال عمر بن الخطاب الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم والصاع بالصاع ولا يباع كالئ بناجز * وحدثني عن مالك عن أبي الزناد انه سمع سعيد ابن المسيب يقول لا ربا الا في ذهب أو فضة أو ما يكال أو يوزن بما يؤكل أو يشرب * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول قطع الذهب والورق من الفساد في الارض

قال كانوا يكسرون الدنانير والدراهم وقال سعيد بن المسيب هو من الفساد في الارض ولذلك قطع عبدالله بن الزبير وعمر بن عبد العزيز يد من فعل ذلك وذلك غير لازم لانه خيانة وغش فلم يجب فيه قطع كسائر ما يغش فيه من الأعواض (مسئلة) وهذا في الدنانير الصحاح والدراهم الصحاح فأما ما قدم قطعه فهل يمنع من قطعه أم لا كرهه مالك وقال ابن القاسم كل ما لا يقع عليه اسم درهم فلا بأس بقطعه وقال أصبغ كل ما ليس بمدور فلا بأس أن يقطع منه وجه قول مالك ان القرض الكثير أقرب الى الميز وأبعد من الغش من القرض الصغير (مسئلة) اذا ثبت ذلك فبالناس حاجة الى التبايع بكسور الدنانير والدراهم فمن ابتاع بكسر دينار أو درهم في موضع الصحاح فلا يخلو أن يكون دينارا يستثنى منه جزأ من الذهب أو جزأ من الورق فان كان المستثنى جزأ من الذهب فقد قال ابن المواز فيمن اشترى بعشرين قيراطا من ذهب أو بمثقال غير ربع مثقال انه يقضى عليه بالدراهم وتحريز ذلك عندى ان ما جرت العادة أن ينقص من الدينار الصحيح غالبا و يوجد على ذلك الوزن كثيرا كالقيراط والقيراطين فانه يقضى عليه بالدينار وما لم تجر العادة بنقصه من الدينار الصحيح الا نادرا واذا نقص منه خرج الى حد المجموعة لم يقض عليه فيه الا بالدراهم لانه ان قضى عليه بالدينار الصحيح كلف من هو عليه ما يتعذر وجوده أو كلف من هو له أن يأخذ مقطوعا وفي ذلك ترك بعض حقه ولو وقعت المبايعة بدينار الا سدسا الى أجل جاز ذلك وقضى عليه عند انقضاء الأجل بالدراهم (فرع) ولو تبرع من هو عليه بأداء دينار ليبقى له سدس من دينار ورضى بذلك القابض جاز ذلك لانه تبرع بسلف سدس دينار وقد روى ابن القاسم عن مالك انه توقف في ذلك بعد أن قال لا يعجبنى (مسئلة) ولو كان الجزء المستثنى ورقا فلا يخلو أن يكون حالا أو الى أجل فان كان حالا جاز ذلك في أقل من دينار وسيأتى بيانه ان شاء الله تعالى وان كان الى أجل لم يخل أن يكون جزأ يسيرا أو كثيرا فان كان كثيرا لم يجز جملة وان كان يسيرا لم يخل من أن يختلف الدينار والدرهم في التعجيل والتأجيل أو يتفقا في ذلك فان اختلفا مثل أن يتعجل الدينار والسلعة و يتأجل الدرهم أو تتعجل السلعة والدرهم و يتأجل الدينار أو تتعجل السلعة مع أحدهما و يتعجل الآخر مفردا فهذه الأوجه المشهور من المذهب منعها وقد روى ابن المواز عن ابن عبد الحكم عن مالك اجازة تعجيل الدينار وتأخير السلعة والدرهم وروى ابن القاسم عن مالك انه رجع عنه ومعنى رواية ابن عبد الحكم ان الصرف اليسير الذى هو تبع للبيع له حكم البيع في التعجيل والتأجيل كما أن البيع اليسير الذى هو تبع للصرف له حكم الصرف وهذا خلاف ما رواه ابن القاسم في المدونة ان الفضة اليسيرة مع السلعة بالذهب لا يكون صرفا لقلتها لا يصلح التأخير فيها في قول مالك ووجه ذلك تغليب الحظر على الاباحة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وان اتفقا في التقديم والتأخير فلا يخلو أن يتعجل الدينار والدرهم و يتأجل السلعة أو تتعجل السلعة و يتأجل الدينار والدرهم فان تعجل الدينار والدرهم وتأجلت السلعة فقد روى ابن القاسم عن مالك لا يجوز وروى أشهب وابن عبد الحكم عن مالك انه جائز وجه رواية أشهب ان التناقد وجد بالدينار والدرهم فلم تمتنع مخالفة الثوب لهما من الجواز كما لو تعجل الثوب وتأجل الدينار والدرهم الى أجل واحد (مسئلة) وان تعجلت السلعة وتأجل الدينار والدرهم الى أجل واحد فقد قال ابن المواز لم يختلف أصحابنا في اجازته والفرق بين هذه المسئلة و بين التى قبلها على مذهب ابن القاسم انه اذا تعجل الدينار والدرهم وتأخرت السلعة فقد وجد الصرف بينهما وكمل فوجب أن يتعجل ما معهما من

ثوب أوغيره فاذا لم يتعجل بطل ذلك كله لتأخر القبض فى بعض أعواض الصرف وأما اذا تعجلت السلعة وتأجل الدينار والدرهم فان ذمة بائع الثوب ليست بمشغولة بدرهم ولا غيره وذمة مشترى الثوب مشغولة بدينار غير قدر الدرهم فليس بينهما صرف وانما هو بيع ثوب بدينار غير هذا المقدار من الدينار فتأخر العوضين فيه لا يمنع صحة العقد وهذا المعنى لم يجز أن يقدر النقص بدراهم كثيرة يختلف بها قدر ما ينقص الدينار عند الأجل لاختلاف الأسواق اختلافا كثيرا وانما يجوز ذلك فى الدرهم والدرهمين لقلة ما يؤثر اختلاف الأسواق بهذا المقدار فى الدينار (فرع) وكم قدر اليسير الذى يجوز من ذلك قال فى المدونة يجوز فى الدرهم والدرهمين ومنعه فى الثلاثة وقال لا خير فيه وقد أجازه مالك فى المختصر الكبير فى الثلاثة الدراهم وقال الشيخ أبو بكر يجوز ذلك فيما بينه وبين ثلث دينار لانه فى ذلك يكون تبعا وأصل هذه المسئلة انه اذا استثنى جزأ من الذهب فقد يستثنيه بلفظ الذهب وان كان يسيرا قضى عن المبتاع بالذهب وان كان المستثنى كثيرا مثل أن يشترى سلعة بدينار الا سدسا أو الا خمسا لم يقض عليه الا بالدراهم لما تقدم (فرع) ولو باع رجل ثوبا بنصف دينار الى أجل ثم باعه بعد ذلك سلعة بنصف دينار الى ذلك الأجل على أن يدفع اليه دينارا عند الأجل فقد قال مالك فى الموازية لا يعجبنى ذلك ولو لم يشترط ذلك فأراد المبتاع أن يدفع اليه صرف نصفين عند الأجل لم يكن له ذلك ويجبر على أن يدفع اليه دينارا قال ابن القاسم على ما أحب أو كره وهذا عندى فيه نظر لانه اذا كان يجبر عند الأجل على دفع الدينار ان اختار ذلك البائع فلا يضر اشتراط ما هو من مقتضى تعاملهما ويجبر عليه من أباه منهما والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان اشترط ذلك بلفظ الورق فقد اشترط البائع على المبتاع الذهب ويرد هو عليه المستثنى ولا يلزم على هذا أن يعتبر بسعر الدرهم حين العقد لانه لا يمتنع أن يكون الاعتبار بالمستثنى بالمبلغ ويراعى تأثيره فى المال المستثنى منه كالمكيل يستثنى من الصبرة أو ثمرة الحائط وهذا يدل على رواية أشهب وما نحا اليه ابن القاسم فى روايته عن مالك وأما على رواية ابن المواز فى قوله ان الاعتبار بمقدار الدراهم حين العقد دون وقت الاقتضاء وانما جاز ذلك فى القليل دون الكثير لان صحيح الدينار هو ما ينقص منه القيراط والاثنان والثلاثة وما ينقص منه أربعة قراريط وخمسة فهو من جملة المجموعة وكذلك من باع بمثقال غير سدس قضى له بالدراهم ومن باع بمثقال غير قيراط قضى له بالدينار فانما يجوز من الاستثناء بالدراهم ما لم تتغير نسبة الدينار لانه اذا باع بمثقال الا درهما أو الا درهمين فقد باع بدينار صحيح لانه بمنزلة أن يبيع بدينار غير قيراطين وهو من جملة الصحيح فلم يكن للاستثناء تأثير فى تغير صفة الدينار واذا باع بدينار الا خمسة دراهم فقد باع بدينار صحيح ولو استثنى بلفظ الدراهم لأخذ مجموعا لانه بمنزلة أن يبيع بدينار غير ربع دينار وذلك ينفى أن يكون صحيحا ويجعله من جملة المجموع فكان للاستثناء بالدراهم تأثير فى تغير صفة الدينار فدخل بذلك فى حكم الصرف الذى لا يجوز فيه التأخير (فرع) فاذا قلنا بالمشهور من المذهب انه لا يجوز الا فى الدرهم والدرهمين فلو باع رجل مائة ثوب كل ثوب بمائة دينار الا درهما فهل يجوز أن يكتب عليه مائة دينار الا مائة درهم فى العتبية من رواية أشهب أن ذلك جائز ولا يصلح أن يحمل عليه دينار يكتب عليه الى أجل وفى كتاب ابن المواز لا يجوز ذلك الا أن يقوم الدينار قبل أن يفترقا وجه الرواية الاولى أن هذه الرواية مبنية على أن المراعى فى الصرف يوم القضاء دون وقت العقد وذلك غير معلوم قبل أوانه ووجه الرواية الثانية ما احتج به ابن المواز من أنه اذا حان الاجل فدفع اليه مائة دينار وأخذ مائة درهم فهو صرف مستأخر عن العقد

وهذا القول مبنى على مراعاة مقدار الدرهم من الدينار يوم العقد وقد روى ابن المواز فى هذه المسئلة وجهين آخرين أحدهما يجوز نقدا ولا يجوز الى أجل والثانى لا يجوز نقدا ولا الى أجل فأما منعه بالاجل فانهما ان قوما الدراهم بالذهب حين العقد دخله من الفساد ما تقدم بما احتج به لرواية أشهب وان أخرا ذلك دخله من الفساد ما احتج به ابن المواز ووجه منع ذلك فى النقد أيضا ما يدخله من البيع والصرف فى الكثير من كل واحد منهما لأن الدراهم اذا كثرت كثر قدرها من الدينار واختلف ذلك الى الأجل فاختلاف أسواقها مؤثر فى قدر الناقص من الدينار جهالة (فرع) ولو باعه ثوبا بخمسة دنانير الا درهما فدفع اليه أربعة دنانير وأخره حتى يدفع اليه دينارا ويأخذ منه درهما أو دفع اليه دينارا وأخذ منه درهما واحدا بأربعة دنانير حتى يقبضه اياها لم يجز ولو باعه سلعة بخمسة دنانير الا ربع دينار أو سدس دينار فنقده أربعة دنانير حتى يأتيه بالربع دينار ويدفع اليه الدينار أو دفع اليه الدينار وقبض منه ربع دينار وبقيت أربعة دنانير فقد قال ابن القاسم عن مالك انه يجوز (فرق) والفرق بين المسئلتين أنه اذا باعه بخمسة دنانير الا درهما فان نقص الدينار الخامس انما يتقدر بغير جنسه وبه يتحقق دون جنس الدينار لأنه لو رام تقديره بجنس الدينار لم يصح ذلك الا بعد تقويم ويدخله النقص والزيادة والتجاوز فلزم بذلك دفع الدراهم وقبض الدينار فأشبه العوض ووجب أن يراعى فيه ما يراعى فى الصرف اذا ثبت للعقد حكم الصرف ووجه آخر وهو أنه لا يصح أن يكون له حقيقة الاستثناء من الجنس لأنه لا يجوز عند بعض أصحابنا الاستثناء من غير الجنس واذا قلنا بجوازه على مشهور قول الجمهور من أصحابنا فانه لا ينقص به عدد المستثنى منه فانما يرجع الى أن له حكما وأما اذا باعه الثوب بخمسة دنانير غير ربع دينار فانما يتقدر النقص من الدينار الخامس بجنسه فلا يلزم بائع الثوب دفع ربع الدينار ولا يحتاج فى تحقيق النقص به الى تقويم فلم يكن للربع الذى ينقص من الدينار حكم العوض ولا له تعلق به وانما له حكم المستثنى بمنزلة ما لو قال بعتك هذا الثوب بخمسة دنانير الا دينارا فدفع اليه ثلاثة دنانير وأخذ دينارا فلا خلاف فى جواز ذلك والله أعلم ص ﴿قال مالك ولا بأس أن يشترى الرجل الذهب بالفضة والفضة بالذهب جزافا اذا كان تبرا أو حليا قد صيغ فأما الدراهم المعدودة والدنانير المعدودة فلا ينبغى لأحد أن يشترى شيأ من ذلك جزافا حتى يعلم ويعد فان اشترى ذلك جزافا فانما يراد به الغرر حين يترك عدده ويشترى جزافا وليس هذا من بيوع المسلمين فأما ما كان يوزن من التبر والحلى فلا بأس أن يباع ذلك جزافا وانما ابتياع ذلك جزافا كهيئة الحنطة والتمر ونحوهما من الاطعمة التى تباع جزافا ومثلها يكال فليس بابتياع ذلك جزافا بأس﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز بيع الدنانير والدراهم جزافا وان كان يجوز أن يباع تبر الذهب والفضة جزافا وقد اختلف أصحابنا المتأخرون فى تأويل قول مالك فى ذلك فقال محمد بن مسلمة ان كان معدودا مما له قدر وقيمة كثيرة فانه لا يجوز فيه الجزاف كالحيوان والثياب وانما يجوز الجزاف من ذلك فيما لا قدر له كالقثاء والجوز والبطيخ وصغار الحيتان وما قاله ينتقض بصبر الحنطة وجزاف التبر والحلى والمسك وأيضا فان الدراهم ليست بمعدودة وانما هى موزونة وذهب القاضى أبو الحسن وعدة من أصحابنا الى أن ذلك على الكراهية وتحتاج الكراهة الى دليل كما يحتاج اليه التحريم وقال الشيخ أبو بكر والقاضى أبو محمد هو على التحريم وعللا ذلك بان هذا بحيث يحرم الدنانير والدراهم عددا فيرغب فى الخفاف لانه يدخل فى المائة بالوزن منها مائة وعشرة عددا وتنفق مفردة فتجوز بجواز الوازنة وينفق منها الواحد فى

* قال مالك ولا بأس أن يشترى الرجل الذهب بالفضة والفضة بالذهب جزافا اذا كان تبرا أو حليا قد صيغ فأما الدراهم المعدودة والدنانير المعدودة فلا ينبغى لأحد أن يشترى شيأ من ذلك جزافا حتى يعلم ويعد فان اشترى ذلك جزافا فانما يراد به الغرر حين يترك عدده ويشترى جزافا وليس هذا من بيوع المسلمين فأما ما كان يوزن من التبر والحلى فلا بأس أن يباع ذلك جزافا وانما ابتياع ذلك جزافا كهيئة الحنطة والتمر ونحوهما من الأطعمة التى تباع جزافا ومثلها يكال فليس بابتياع ذلك جزافا بأس

الجملة فيرغب الناس في خفافها لهذا المعنى فاذا بيعت جزافا دخله الغرر من وجهين أحدهما من جهة المبلغ في الوزن والثاني من جهة المبلغ في العدد فلم يجز ذلك لكثرة الغرر وأما الجزاف في سائر المكيلات والموزونات فانما يدخل الغرر فيه من وجه واحد وهو المبلغ في الكيل أو الوزن فاما قل الغرر فيها جاز وهذا الذي قاله يقتضي جوازها جزافا بحيث لا يجوز عددا ولا يجوز الا بالوزن خاصة والمسئلة عندي مبنية على قول مالك ان الدنانير والدراهم لا تتعين بالعقد وقد اختلف في هذا الاصل قول ابن القاسم وأشهب فقال ابن القاسم في السلم الثاني فيمن شرط في الاقالة عين دراهمه وهي موجودة حاضرة أنه لا يستحق اعيانها وللمسلم اليه أن يدفع اليه غيرها وقال في كراء الرواحل ومن اكترى راحلة بدراهم باعيانها ولم يكن العرف النقد ولا اشترطه لا يجوز ذلك الا ان يشترط انها ان تلفت أعطاه غيرها وهذا يقتضي تعيينها وقال أشهب ذلك جائز وعليه أن يأتي بغيرها وهذا ينفي التعيين وقال الشافعي تتعين بالعقد والدليل على انها لا تتعين بالعقد قوله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة قال الفراء الثمن ما ثبت في الذمة والفراء امام في اللغة فاذا ثبت أن الثمن في كلام العرب ما ثبت في الذمة كان هذا الاسم منطلقا على هذا الجنس من المال ويختص به اقتضى ذلك أن لا تتعين لأنه متعلق بالذمة ودليلنا من جهة القياس انه ثمن وجب أن يثبت في الذمة أصله اذا أطلق العقد (فرع) اذا ثبت ذلك فان قلنا ان الدنانير والدراهم لا تتعين بالعقد فانه لا يجوز بيعها جزافا لان العقد عليها انما يتناول ما في الذمة والجزاف لا يصلح أن يثبت في الذمة بعقد وانما يثبت منه المقدر بكيل أو وزن أو عدد ألا ترى ان ما يجوز فيه الجزاف من القمح والشعير والكحل والحرير لا يصلح أن يثبت في الذمة منه الجزاف وانما يثبت منه في الذمة المقدر بالكيل والوزن وان قلنا ان الدنانير والدراهم تتعين بالعقد فانه يجوز بيعها جزافا كسائر الموزون والمكيل الذي يتعين بالعقد ولذلك يجوز أن يباع تبره ومصوغه جزافا لما كان يتعين بالعقد فلا خلاف في ذلك (فصل) وقوله فان اشترى ذلك جزافا فانما اراد به الغرر يحتمل أن يريد به ان ما يشير اليه من الجزاف انما استحق فيجب عليه مثله ولا يعلم كم وزنه فيكون المبيع مجهولا لا يتقدر بكيل ولا وزن ولا عدد وهو من أعظم الغرر والخطر

(فصل) وقوله فاما ما يوزن من التبر والحلي فلا بأس ببيعه جزافا كالحنطة والتمر وغير ذلك مما يكال تعلق الشيخ أبو بكر والقاضي أبو محمد بظاهر هذا في منعهما ذلك في الدنانير والدراهم لكونهما معدودين وتجويزهما ذلك في التبر والحلي لان العدد لا يتأتى منهما وانما يعتبران بالوزن وعلى هذا يجب أن يجوز الجزاف في المقطوع من الدنانير والدراهم التي لا يجوز فيها العدد ويجوز ذلك في صحاحها بحيث لا يتقدر بالعدد والقول الاول أظهر والله أعلم ص ﴿ قال مالك من اشترى مصحفا أو سيفا أو خاتما وفي شئ من ذلك ذهب أو فضة بدنانير أو دراهم فان ما اشترى من ذلك وفيه الذهب بدنانير فانه ينظر الى قيمته فان كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الذهب الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولا يكون فيه تأخير وما اشترى من ذلك بالورق مما فيه الورق نظر الى قيمته فان كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الورق الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولم يزل ذلك من أمر الناس عندنا ﴾ ش وهذا كما قال ان من اشترى مصحفا أو سيفا أو خاتما وفي شئ من ذلك ذهب أو فضة بجنس ما هو حلي به فانه يجوز ذلك بثلاثة شروط أحدها أن يكون ذلك النوع من الحلي مباحا في الشرع استعماله واتخاذه كالسيف والمصحف وخاتم الرجل يكون فيه حلية الفضة

* قال مالك من اشترى مصحفا أو سيفا أو خاتما وفي شئ من ذلك ذهب أو فضة بدنانير أو دراهم فان ما اشترى من ذلك وفيه ذهب بدنانير فانه ينظر الى قيمته فان كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الذهب الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولا يكون فيه تأخير وما اشترى من ذلك بالورق مما فيه الورق نظر الى قيمته فان كان قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الورق الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولم يزل ذلك من أمر الناس عندنا

وحلى النساء يكون فيه الذهب والفضة فهذا لا خلاف فيه أنه مباح اتخاذه والأصل فى ذلك ما روى حميد عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان خاتمه من فضة وكان فصه منه وأما المصحف والسيف والخاتم للرجال يحلى شئ منه بالذهب فان ظاهر هذا اللفظ يقتضى اباحة ذلك فى المصحف والسيف وقد أشار الى ذلك فى الخاتم ويحتمل أن يريد به خاتم النساء وعلى ذلك اختصره الشيخ أبو محمد وفى العتبية من رواية سماع ابن القاسم عن مالك انه كره أن يجعل فى خاتمه مسمار ذهب أو يخيط بقبضته منه حبة أو حبتين لئلا يصدأ وهذا أخف من اتخاذه من محض الذهب وقال ابن حبيب لا يجوز شئ من الذهب فى حلى الرجال فعلى القول الاول يجوز فى حلى السيف والمصحف ويجوز ذلك فى حلى النساء وخواتمهم ولا يجوز فى خواتم الرجال والدليل على بيعه فى خواتم الرجال ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن التختم بالذهب ومن جهة المعنى ان السيف والمصحف مما يختص بالرجال فلذلك جاز أن يحلى بالذهب لانه ليس فى التحلى به مشاركة للنساء ولا مساواة لهن فى باب التحلى به وأما الخاتم فانه مما يتحلى به النساء كما يتحلى به الرجال فمنع الرجال من الذهب وأبيح للنساء لان باب التحلى مبنى على نفى المساواة وأما المصحف فليس من باب التحلى بل بابه ممنوع وهو اتخاذ الذهب والفضة فيما يستعمل مما ليس بحلى للجسد وذلك كله ممنوع للرجال والنساء كا'وانى الذهب والفضة والمكاحل والمجامر والمداهن منه ما يختص المصحف لتعظيم أمره كما فى مفاتيح الكعبة والكسوة دون سائر البيوت على سبيل التعظيم وذلك لا يقال فيه انه من حلى الرجال ولا من حلى النساء وانما هو من حلى المصحف فاستوى فى ذلك الرجال والنساء والله أعلم وسنذكر حكم ذلك باوعب من هذا فى باب الجامع ان شاء الله تعالى وقد أضاف الى ذلك ابن حبيب المناطق والاسلحة كلها اذا كانت مفضضة فهى كالسيف فى ذلك

(فصل) والشرط الثانى أن يكون ما فيه من الذهب أو الفضة تبعا لقيمة الحلى وبما تكون الموازنة من الحلى بقيمته أو وزن ما فيه الظاهر من المذهب أن الموازنة بوزن الحلى وقيمة الحلى وقد رأيته نصا لبعض شيوخ القرويين ولفظ الموطأ ثابت فان كان قيمة ذلك الثلث وقيمة ما فيه من الذهب الثلثين فهذا يقتضى اعتبار قيمة الحلى دون وزنه فان لم يكن تجوزا فى عبارة فهذا اخلاف ما قدمناه والصواب فى ذلك الاعتبار بالوزن لان كل حكم يعتبر فى تحليل بيع الذهب وتحريمه فانما يعتبر فيه بوزنه دون قيمته كالتساوى والتفاضل (مسئلة) وكم المقدار الذى اذا بلغه كان تبعا واذا تجاوزه لم يكن تبعا لم يختلف أصحابنا فى النص على هذه المسئلة فى ان الثلث ومادونه فى حكم التبع وان ما زاد على ذلك فليس بتبع وفى العتبية من سماع أشهب عن مالك فيمن أعطى درهما وأخذ نصفه درهما صغيرا قد كنا نكرهه ونحن نجيزه الآن فعلى هذه الرواية يجب أن يكون التبع النصف فاقل وبالزيادة على النصف يخرج عن حد التبع لان المجوز فى الموضعين انما هو لمعنى الضرورة ومن أصحابنا العراقيين من يذهب الى أن النصف فى حيز القليل وتعلق فى ذلك بقوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه وان النصف بدل من القليل

(فصل) وأما الشرط الثالث فان يكون الحلى مرتبطا بالمحلى ارتباطا فى ازالته مضرة فلا يقدر على ازالته من المبيع وتمييزه الا بمضرة لاحقة فاما ما كان فى نقصه كسر لصياغته كالفصوص المصوغ عليها الحلى والمصاحف التى فيها مسامير الفضة وحلية السيف التى تسمر فى حمائله وجعبته فهذا مما يبيح ما ذكرناه وأما ان كان من القلائد التى لا يفسد غير نظمها بتمييز قلائدها فالظاهر من المذهب انه لا تأثير

لها فى الاباحة وبه قال ابن حبيب وقد تقدم ذكر الخلاف فيه فى كتاب الزكاة (مسئلة) اذا كملت هذه الشروط الثلاثة جاز ان يباع المحلى فيه بجنس مافيه من الحلى فان كان محلى بفضة جاز بيعه بالفضة وان كان محلى بذهب جاز بيعه به وان انخرم شرط من ذلك لم يجز

(فصل) وقوله يدا بيد يقتضى التناجز ومنع دخول التأخير فى ذلك بجنسه الى أجل فالمشهور من المذهب منعه رواه ابن القاسم عن مالك خلافا لربيعة فى تجويزه والدليل على مانقوله ان للاجل من التأثير فى الفساد ماليس للتفاضل بدليل انه يجوز التفاضل بين الجنسين ولا يجوز بينهما النساء فلذلك أثر فى جواز البيع ولم يؤثر فى الاجل (مسئلة) وأما ان كان فى المحلى ذهب وفضة هما تبع لما هما فيه من المحلى فقد روى ابن حبيب له بيعه بكل واحد منهما وروى ابن القاسم عن مالك فى كتاب ابن المواز ماحلى بذهب وفضة فليبع بأقلهما ان كان الثلث فدون يدا بيد وان كان نقار يابيع بالعرض ثم رجع مالك فقال لايباع بذهب ولا ورق وبه أخذ ابن القاسم وأخذ ابن عبد الحكم بالقول الاول وقد أشار فى هذه المسئلة بقوله حلى بذهب أو فضة سيف أو غيره من حلى النساء مما يجتمع فيه الامران أن فيه قولين أحدهما يباع بالتبع ووجهه أن بيعه بنصفه مع تحريم التفاضل يجوز فبأن يجوز بغير صنفه مع تجويز التفاضل أولى أن يجوز والقول الثانى لايجوز لانه يجتمع فيه أمران من المكروه أحدهما بيع العين بجنسه متفاضلا والثانى اجتماع البيع والصرف فى عقد واحد (فرع) فاذا قلنا بالجواز فقد قال ابن حبيب ان كان تبعا جاز بيعه بذهب أو بورق فيجوز بيعه بكل واحد منهما اذا كان كل واحد منهما تبعا للحلى والمفهوم من رواية ابن القاسم عن مالك انه راعى بعد كونها تبعا للحلى أن يكون أحدهما تبعا للآخر فتكون العين تبعا للمبيع والقليل منهما تبعا للكثير فاذا بيع بأقلهما صار الى حكم الصرف مع التبع على وجه البيع قال ابن حبيب وان كان أحدهما تبعا والآخر أكثر من المبيع بيع بالتبع ولا يباع بالآخر وان تجاوز التبع لم يبع الا بعرض (مسئلة) وأما بيعه بغير صنفه فقد قال ابن حبيب ذلك جائز ونص عليه غيره من أصحابنا وقد نص مالك على أنه لايجوز بيع وصرف فى عقد واحد قال ابن حبيب وقد استخف ذلك بعض أصحاب مالك فوجه المنع انهما عقدان مقتضى أحدهما غير مقتضى الآخر فلم يجز أن يجتمعا فى عقد واحد كالبيع وذلك أن مقتضى الصرف أن عدم التناجز فى المجلس يفسده والبيع لايفسد بذلك كما أن القراض لايجوز أن ينعقد لازما والبيع يجوز أن ينعقد لازما فلم يجز أن يجتمعا فى عقد واحد ووجه رواية الاباحة أنهما عقدان لازمان لايتنافيان لان التناجز من لازم الصرف فانه لايبطل البيع فجاز أن ينعقد على الوجه الذى يصحان عليه (فرع) فاذا قلنا برواية المنع وهى الأشهر فان ذلك على ضربين أحدهما أن يكون التبع ملصقا بالمبيع لا يمكن ازالته الا بضرر فانه يجوز بيعه بغير جنسه من العين وان لم يكن تبعا للمبيع وعندى أنه يجوز أن يكون الحلى غير مباح الاتخاذ ووجه ذلك ان هذه المعانى يبيح بها العلم بجنسه والتفاضل يحرم فيها فبأن يبيح بيعه بغير جنسه مع اباحة التفاضل أولى (مسئلة) فاذا قلنا بمنع الصرف والبيع فى عقد فان ذلك يمنع اذا كان كل واحد منهما مقصودا فى نفسه فان وقع فقد قال عيسى يرد مالم تفت السلعة فان فاتت لزمت المبتاع قيمتها وترادا العين فان كان أحدهما غير مقصود بقيمته فلا بأس لان الضرورة تدعو اليه فى بعض الدنانير مثل أن يبيعه سلعة بدينار غير ربع بحيث لايوجد الا الصحاح فيعطيه بالربع دينار دراهم وذلك انه لما اتفق حكمهما من وجه وهو أنه يجوز تعجيلهما واختلف من وجه وهو أنه لايجوز تأجيلهما ويجوز تأجيل أحدهما

لم ينعقد عليهما عقد الا بشرطين أحدهما أن يشملهما التعجيل والثاني أن يكون تبعا للآخر وقد بينته في شرح المدونة وما يلحق به من بيع الطعام بالطعام مع أحدهما عرض (مسئلة) وكم المقدار الذي يجوز من الصرف مع البيع قال في المدونة يجوز الصرف مع البيع في اليسير العشرة دراهم ونحوها ولا يجوز ذلك في الكثير فيجرى في هذا مسئلتان احداهما انه يجوز في الدينار الواحد وان لم يكن أحد الأمرين تبعا للآخر لانه قال في المدونة في الذي يبيع الدينار بعشرين درهما يأخذ عشرة دراهم و يأخذ بها بعشرة دراهم ان ذلك جائز ان تعجل وروى ابن المواز عن ابن القاسم انما يجوز ذلك في أقل الدينار والربع والثلث المسئلة الثانية أن يكون الصرف يشتمل على دينار فانه لا يجوز أن يكون معه من التبع الا اليسير أو يكون البيع بثمن كثير فلا يجوز أن يكون معه من الصرف الا اليسير وقد قال ابن حبيب ان ذلك جائز اذا كان أقل من الدينار وذلك اذا كان الحكم للتبع فيكون منه للصرف أقل من دينار فان بلغ الدينار لم يجز وهذا مبني على أن ذلك مباح لضرورة صحة الدنانير والحاجة الى أن يزداد في الثمن مقدار الدينار يجب على هذا قصر هذا الحكم على بلد لا يجري فيه الا الصحيح وقد قال بعض فقهاء الصقليين ان الرباعي الذي يبتاع به عندهم يجري مجرى الدينار الصحيح وأما ان كان الحكم للصرف والسلعة تبع فكم اليسير منها حكى عن أبي موسى بن مناس ان ذلك أن يكون ثمنها أقل من دينار دون تحديد

﴿ ماجاء في الصرف ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن مالك بن أوس بن الحدثان النصري انه التمس صرفا بمائة دينار قال فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطرف مني وأخذ الذهب يقلبها في يده ثم قال حتى يأتيني خازني من الغابة وعمر بن الخطاب يسمع فقال عمر والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء ﴾ ش قوله انه التمس صرفا بمائة دينار دليل على تجويز عوض الدينار ومراوضة متبايعهما في صرفهما واحدا بعد واحد طلبا للزيادة أو معرفة ما يستقر عليه العطاء وقوله فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا يقتضي جواز المصارفة لمن لم يتخذ ذلك متجرا وأما من اتخذ ذلك متجرا أو صناعة فقد كرهه جماعة من السلف قال مالك في العتبية أكره للرجل أن يعمل بالصرف الا أن يتقي الله تعالى يريد انهما تساوياه حتى عقدا الصرف فأخذ طلحة بن عبيد الله الذهب يقلبها ليعلم جودتها ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة يريد أن يؤخر ذلك الى أن يأتيه خازنه من الغابة ويحتمل أن يريد به تأخير الدراهم خاصة ويقبض هو الدنانير ويحتمل أن يريد به اقرار الدنانير بيد مالكها حتى يأتي خازنه من الغابة فيتقابضا يدا بيد فقال عمر بن الخطاب حين سمع ذلك والله لا تفارقه حتى تأخذ منه يريد لا تفارقه وبينكما عقد حتى يتنجز ما بينكما من التقابض ثم احتج لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وحمل ذلك على أن التقابض فيه يجب أن يكون مع الايجاب والقبول لا يتأخر عنهما بل يقترن بهما لان عقد كل واحد منهما يقتضي الاشارة الى ما بيده من العوض بقوله هاء ولذلك فهم منه عمر وهو من أهل اللسان تعجيل التقابض فأما التفرق قبل القبض فلا خلاف بين الفقهاء نعلمه في انه يفسد العقد والدليل على ذلك ما احتج به عمر وما جوزه طلحة بن عبيد الله فتركه التأويل والمراجعة

﴿ ماجاء في الصرف ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن ابن شهاب عن مالك ابن أوس بن الحدثان النصري أنه التمس صرفا بمائة دينار قال فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطرف مني وأخذ الذهب يقلبها في يده ثم قال حتى يأتيني خازني من الغابة وعمر بن الخطاب يسمع فقال عمر والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء

لعمر رضي الله عنهما دليل على رجوعه عنه (مسئلة) فان استأذن الصراف بعد العقد في أن يذهب بها الى صراف قريب منه يريه اياها او يزنها عنده أو عقد معه الصرف على ذلك ففي العتبية من رواية أشهب عن مالك أن ذلك جائز فيما قرب ومعنى ذلك أن يكونا لقربهما في حكم المتجالسين وأما ان تباعد ذلك حتى يرى انه افتراق من المتصارفين فلا يجوز ذلك وهو يفسد العقد (مسئلة) فان استوجب رجل سواري ذهب بمائة درهم على أن يذهب بهما فان رضيهما أهله رجع بهما فاستوجبهما منه والا ردهما روى ابن المواز عن مالك ان ذلك جائز وقال غير ذلك من قول مالك أحب الينا أن نأخذها من غير ايجاب وجه القول الأول اثبات الخيار في الصرف وهو قول شاذ وجوز التأخير فيه بعد عقده على النقد وهو أيضا بعيد ويحتمل أن يريد به المواعدة في الصرف وتقرير الثمن دون عقد ولذلك قال انه ان رضيهما أهله رجع فاستوجبهما منه فذكر أن الايجاب لم يوجد بعد وانما كان ذلك على سبيل تقرير الثمن ومعرفة ما يتبع الصرف ان رضيها أهله لما كلف الطلب ومعرفة الثمن فلم يجعل اليه عقد والله أعلم ووجه القول الثاني أن الصرف ينافي الخيار وهو المشهور عن مالك لانه مبني على المناجزة والنقد في المجلس والخيار لا يكون الا فيما يدخله التأخير لانه انما يكون في مدة تتأخر عن حال العقد (مسئلة) ولو بيع حلي في تركة فابتاع أحد الورثة بعضه بقدر حصته فأراد أن يكتب عليه حتى يتقاصا به مماله في الميراث فان ذلك غير جائز الا أن ينجز القسمة في المجلس باثر الابتياع لان شراءه ليس بقسمة متنجزة لانه لو ذهب سائر الميراث لرجع عليه فيما بيده فلما لم يتنجز القبض فيه دخله التأخير في الصرف فأبطله ولو قال مبتاع الحلي أمسك ثمن حصتي منه وارفع الباقي ففي العتبية وكتاب محمد عن مالك جواز ذلك وقال باثرها في كتاب محمد خالف ابن القاسم مالكا في هذه المسئلة وجه قول مالك ان المفاصلة وقعت في هذا الحلي المبيع بامساك قدر حصته منه ودفع الباقي فقد وجد التناجز بينهما فصح العقد ولا يؤثر وزنه لحصته من الثمن اذا جاز له استرجاعها باثر دفعه لها (مسئلة) فان كان افتراقهما قبل العقد بغلبة من أحدهما مثل أن يقبض الصراف الدنانير ويمنع من دفع الدراهم الظاهر من المذهب أن ذلك يفسد العقد وفي العتبية في قوم اشتروا قلادة ذهب ولؤلؤا بدراهم نقدا وقالوا انزن الدراهم وأمروه بذلك وفصلوا القلادة وتقاوموا اللؤلؤ أو باعوا الذهب فيما وضعوا أرادوا نقض البيع لتأخر النقد فقال مالك لا تنقض لتأخر النقد لانهم اشتروا على النقد زاد محمد عن مالك ولم يرض البائع بتأخيرهم وضمهم وانما هو رجل مغلوب وهذا التعليل يقتضي ان تأخير أحد المتعاقدين النقد بغير اختيار الثاني على وجه الغلبة لا يفسد العقد وجه القول الأول ان من شرط صحة هذا العقد النقد فاذا عدمت شروط صحته وجب أن يفسد ويحتمل على هذا القول أن يكون مالك ألزمه ثمن القلادة لانهم أخذوها على وجه الشراء ثم تعدوا على اتلافها ليؤدوا اليه القيمة فلزمهم الثمن كمن اشترى ثوبا على الخيار وادعى تلفه فاتهم انه يريد رد البيع فانه يلزمه الثمن دون القيمة

(فصل) وقوله الورق بالذهب ربا الا هاء وهاء قال ابن ثابت في غريبه الا هاء وهاء بالمد وذلك يقتضي النقد مع العقد وظاهره يقتضي أن هاء وهاء تنوب عن العقد والنقد لقرب أحدهما من الآخر فعلى هذا لا يجوز أن يتأخر النقد عن العقد ومن صفته أن يكونا معا مثل الدرهمين أو يكون النقد متصلا بتمام العقد أو في حكم المتصل لقربه منه مع كونهما في مجلس واحد وما هو في حكمه من القرب على ما قدمناه وأما ان فصل بينهما طول مجلس والخروج من أمر الى أمر غيره ومن الصرف الى

الاعراض عنه والاشتغال بغيره فان ذلك غير جائز خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما ان ذلك جائز والدليل على مانقوله الحديث المذكور وهو قوله صلى الله عليه وسلم الورق بالذهب ربا إلا هاء وهاء ودليلنا من جهة المعنى ان هذا صرف تأخر القبض فيه عن العقد فوجب أن لا يصح كما لو قاما من مجلسهما (مسئلة) اذا ثبت أن حكم النقد اتصاله بالعقد فان من حكمه حضور العوضين حال العقد والنقد فأما العقد فقد تقدم الكلام فيه وأما حضورهما حين العقد فلازم أيضا ولو أن المتصارفين عقدا الصرف بحضرة العوضين ثم قبض أحدهما الدنانير فأنفذها الى بيته ثم قبض الدراهم بعد ذلك لم يجز وقد قال مالك من ابتاع خلخال فضة بدنانير فاستحقت وقد أنفذها الى بيته فأراد المستحق أن يجيز البيع وأراد هو أن ينقده من عنده الثمن ويتبع البائع انه لا يجوز ذلك ولو حضر الخلخال جاز ذلك وقد قال أشهب هذا استحسان والقياس انه مفسوخ لان لمستحقها في ذلك الخيار فيجوز في هذه المسئلة امضاء المستحق البيع مع حضور الخلخال من التجويز والنقد ومنع ذلك مع غيبته مالا نه ما مما يتعين بالنقد وجوز ذلك في الغاصب يشترى الدنانير ممن غصبها منه وهي غائبة عنه لما لم تكن معينة بالغصب وهذا فيه نظر ان حمل على ظاهره لان هذا الصرف موقوف على الفسخ لا على الاجازة وذلك لا يمنع امضاءه كوجود الردىء في أحد العوضين فان ذلك لا يوجب فسخ العقد ان رضي به الذي وجد الردىء والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو كان في حكم الحاضر وذلك بأن يأخذ الصراف الدينار فيدخله في كمه أو تابوته ثم يقضي عوضه ويبيعه من غيره في المجلس ثم يقتضي عوضه قبل مغيبه وقبل التفرق فانه مكروه لمضارعته معيب ما حضوره شرط في صحة العقد ص ﴿ قال مالك اذا اصطرف الرجل دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا فأراد رده انتقض صرف الدينار ورد اليه ورقه وأخذ اليه ديناره وتفسير ما كره من ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء وقال عمر بن الخطاب وان استنظرك الى أن يلج بيته فلا تنظره وهو اذا رد عليه درهما من صرف بعد أن يفارقه كان بمنزلة الدين أو الشيء المتأخر فلذلك كره ذلك وانتقض الصرف وانما أراد عمر بن الخطاب أن لا يباع الذهب والورق والطعام كله عاجلا بآجل فانه لا ينبغي أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا نظرة وان كان من صنف واحد أو كان مختلفة أصنافه ﴾ ش وهذا كما قال ان الصرف مبني على المناجزة والمفاصلة في الفور فاذا اتصارفا فلا يجوز أن يفترقا الا عن تناجز واذا قال أحدهما لصاحبه ان وجدت عيبا رددته اليك ففي سماع أشهب من العتبية عن مالك لا يجوز ذلك ويرد هذا الصرف وان وجدها خيارا كلها ووجه ذلك انه لم يأخذ الدراهم على وجه الحيازة لها وانما أخذها مؤتمنا عليها ليرى بها وكذلك لا يجوز أن يأخذها منه على التصديق في جودتها ووزنها ولا يفارقه الا على نهاية ما يمكن من الانتجاز فان قبضها وتفرقا على رؤية ففي كتاب محمد ان العقد ينتقض وان أصابها كما قال وحكى أشهب عن مالك انه جائز وجه الرواية الأولى ما قدمناه من ترك اكمال عمل الصرف كما لو ائتمنه دافع الدنانير على انتقادها ووزنها ووجه قول أشهب انه لم يبق بينهما من العمل الا ما لا يمكن قطعه بالوزن والانتقاد وهو ان القول قول الدافع وانما يفسد العقد ويمنع الانتجاز أن يكون القول قول القابض لان هذا حكم ما لم يتنجز فيه القبض (مسئلة) فان أخذها بعد الوزن والانتقاد فوجدها تنقص فان النقص على ضربين نقص في الوزن ونقص في الصفة فأما النقص في الوزن فلا يخلو أن يجده قبل التفرق أو بعده فان علم به قبل التفرق فان له أن يرضى به أو يأخذ به ما شاء رواه ابن القاسم عن

* قال مالك اذا اصطرف الرجل دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا فأراد رده انتقض صرف الدينار ورد اليه ورقه وأخذ اليه ديناره وتفسير ما ذكره من ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء وقال عمر بن الخطاب وان استنظرك الى أن يلج بيته فلا تنظره وهو اذا رد عليه درهما من صرف بعد أن يفارقه كان بمنزلة الدين أو الشيء المتأخر فلذلك كره ذلك وانتقض الصرف وانما أراد عمر بن الخطاب أن لا يباع الذهب والورق والطعام كله عاجلا بآجل فانه لا ينبغي أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا نظرة وان كان من صنف واحد أو كان مختلفة أصنافه

مالك وذلك ان التناجز وجد قبل التفرق ولو أراد أن يؤخره بقدر ذلك النقص لم يجز فان تفرقا قبل أن يستوفى ذلك النقص فالذى قاله أصبغ ينتقض الصرف كله ولو نقصت منه حبة و به قال محمد وحكى ابن القاسم انه جائز لا ينتقض منه الا بقدار ذلك النقص الى تمام دينار وجه قول أصبغ ان العقد اذا دخل بعضه الفساد بتأخر القبض تعدى الى ما قبض كالو عقدا على ذلك الصرف ووجه ما قاله ابن القاسم ان تأخر القبض بعد التزام العقد لا يتعدى الى جميع العقد كالعيب يجده ببعض الدراهم (مسئلة) فاما ان وجد النقص بعد التفرق وذلك لسرقة الصيرفى فاراد أن يطالب به فلا خلاف على المذهب أن النقص يلحق العقد وان أراد ترك النقص وصحيح العقد فروى ابن وهب وابن عبد الحكم ان ذلك جائز وروى ابن المواز عن مالك ان ذلك لا يجوز وان قل وروياعنه أنه لا يجوز فى الكثير واختاره أصبغ وجه رواية الجواز انه نقص وجد فى عوض الصرف فلا يمنع صحة العقد مع ترك المطالبة به كنقص الصفة ووجه المنع على الاطلاق ان تأخر العوض فى الصرف يمنع الصحة فى العقد كالو علم بالنقص فاخره ولانا قد أجمعنا على انه لو طلب النقص لفسد العقد ولم يمنع من ذلك عدم علمه بالنقص وكذلك اذا تركه ووجه الفرق بين القليل والكثير ان القليل غير مقصود ومعلوم فى الأغلب ان مثل هذا لا يطلب ولا تتبعه النفس فكأنه لم يبق له الاما جرت العادة بتركه والتسامح به فقبض جميعه لان ما نقصه لو علم به لتركه فكذلك اذا تركه الآن وهو محمول على ذلك وأما الكثير فانه مما جرت العادة بطلبه فانما يكون تاركاله الآن وقد وجد الفساد فى العقد بالتفرق قبل قبضه أو تركه (فرع) فاذا قلنا بالتفريق بين اليسير والكثير فكم اليسير روى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية ان الدانق فى صرف الدينار يسير وقال أصبغ هو أن ينقص ألف درهم درهما وأما صرف الدينار فانقص منه من قليل أو كثير فهو كثير ينتقض الصرف مالم يكن من اختلاف الموازين التى لم تجر العادة باتباعه ولا طلبه واذا قلنا انه ينتقض فقال أصبغ ينتقض كله وقال ابن القاسم ينتقض منه ما بين النقص وكمال الدينار

(فصل) وأما النقص من جهة الصفة كالعيب يجده فى أحد عوضى الصرف فانه لا خلاف على المذهب نعلمه ان من وجد ذلك ورضى به فان عقده لا يفسد به فان أراد رده فهل له ذلك أم لا المشهور من المذهب أن البدل فيه غير جائز والصرف فيه منتقض وقال ابن وهب من أصحابنا ان البدل فيه جائز حكاه عنه ابن حبيب وغيره و به قال ابن شهاب والليث بن سعد وجه ما ذهب اليه مالك يحتمل أن يكون مبنيا على ان الصرف ينتقض من أصله بالبدل وهو وقت العقد فيه فيبطل فى المعيب لتأخر دفع العوض فيه من حين العقد الى وقت الرد بالعيب و يحتمل قول ابن وهب أن يكون مبنيا على ان الرد بالعيب نقض للعقد حين الرد بالعيب دون ما تقدمه فلا يكون فى ذلك تأخير البدل عن وقت عراء عن قبض والله أعلم وأحكم (مسئلة) والهبة اللاحقة بالصرف لا خلاف على المذهب انه يجوز البدل فيها وقد روى عن مالك فمن باع ثوبا بدينار الا درهمين فتناقدا ثم وجد بالدراهم عيبا روى عنه ابن القاسم يبدله وليس هذا مثل الصرف يريد ان هذا لما كان الغالب منه البيع والصرف تبع له كان حكمه فى جواز البدل حكم البيع لا حكم الصرف وروى عنه ابن وهب ينتقض الجميع (فرع) فاذا قلنا يمنع البدل فلا يخلو أن يكون الذهب من جنس واحد أو مختلف الجنس فان كان من جنس واحد فان بيعه يكون على ضربين أحدهما أن يقول أبيعك هذه العشرة دنانير كل دينار بعشرة دراهم يذكر حصة كل دينار منها والثانى أن يذكر جملة الصرف خاصة

فيقول أبيعك هذه العشرة دنانير بمائة درهم فان كان ذكر صرف كل دينار منها فلا خلاف انه لا ينقض الا بقدر دينار واحد وان كان انما ذكر جملة الصرف فالمشهور من المذهب انه لا ينتقض منه الا دينار واحد وروى عيسى عن ابن القاسم وفي العتبية في نقرة يبتاعها جزافا بمائة دينار فيجد منها مسمار نحاس أو يبيعها كل عشرة دراهم بدينار ان ذلك سواء وينتقض منها بقدر المسمار الى تمام دينار وقال القاضي أبو محمد ينتقض جميع الصرف وجه القول الأول أن الدنانير المتساوية تقتضي التقابل وتمنع التقسيط فلا يرتبط بعضها ببعض في نقض العقد لعيب الصفة أصل ذلك اذا ذكر كل دينار بصرفه ووجه قول القاضي أبي محمد ما احتج به من أنه اذا سمى لكل واحد من الدنانير حصة فانه قد أفرده بالعقد واذا سمى الجملة فقد شملها العقد فاذا بطل بعضه بطل جميعه وان كانت الدنانير قرضا فقد قال ابن القاسم يرد منها أصغر قرض فيها ويضيف الى الدرهم الزائف من الدراهم ما يقابل تلك القرضة وهذا مبني على قول مالك ان قرض القراضة المضروبة مكروه وأما على تجويز أصبغ لذلك فيجب أن يقرض منها بقدر الدرهم الزائف وهذا على قولنا ان الدنانير تتعين بالنقد وعلى قولنا لا تتعين يرد له من عنده قرضة ذهب بقدر الدرهم الزائف (فرع) وان كانت الدنانير مختلفة الأجناس والقيم ففي العتبية من رواية أبي زيد عن ابن القاسم فيمن اشترى حليا مصوغا أسورة وخلاخل وغير ذلك بدراهم فوجد بها درهما زائفا انه ينتقض الصرف كله ووجهه ان اختلاف قيم الحلي بالصياغة يقتضي التقسيط واذا دخل ذلك التقسيط سرى من الدراهم جزء الى كل جزء من الحلي فاذا انتقض الصرف في الدرهم انتقض في جميع الحلي ولو وجد في جميع الحلي مسمار نحاس فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم ان ذلك ان كان في سوارين من الحلي انتقض في السوارين جميعا وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم يردها كلها وان كانت مائة زوج وجه رواية أبي زيد ان السوارين بمنزلة شيء واحد فاذا انتقض الصرف في أحدهما انتقض فيهما لانه لا يجوز أن يفترقا في الرد على من باعهما مجتمعين لما في ذلك من الفساد ولان النقص لما طرأ من جهتهما والعوض الذي يقارب مساو لم يدخله التقسيط وانما يلحق الحلي التقدير والتقويم فاذا علمت قيمة كل نوع منه فويل من الدرهم بمقدار ذلك ووجه رواية عيسى انه اذا وجد الاختلاف في أحد العوضين لزم التقويم وهو معنى التقسيط وانما يسقط التقسيط مع تساوي أجزاء كل واحد من العوضين فان لم يكن كذلك فلا بد من التقويم والتقسيط (فرع) اذا ثبت ذلك فيم ينتقض ما ينتقض من الصرف لوجود العيب في أحد عوضيه الظاهر من المذهب أنه ينتقض بانفاذ الرد لا بارادته ولو وجد عيبا به فجاء ليرده فأرضاه الآخر حتى لا يبدل له لجاز ذلك بينهما وبماذا يصح أن يرضيه قال سحنون عن ابن القاسم فيمن باع من رجل طوق ذهب فيه مائة دينار بألف درهم فوجد به عيبا فجاء ليرده فصالحه من ذلك بدينار دفعه اليه انه جائز وروى ابن سحنون عن أبيه ان ذلك غير جائز ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الرد لم يتم بينهما وأخذ عن ذلك دينارا فلا يفسد الرد لان الرد لم يتم وقد منعه منه بما أرضاه به ولا يفسد لانه بمنزلة أن يبيعه مائة دينار ودينارا بألف درهم وليس في الدينار الذي أعطاه تأخير لانه نقده حين العقد عليه والرضا به كالو زاده دينارا بعد العقد وجه قول ابن سحنون ما آل اليه أمرهما من الفساد بأن صار فمائة دينار نقدا ودينارا مؤجلا بألف درهم (مسئلة) وان صالحه عن ذلك بمائة درهم قال ابن القاسم ان كانت من جنس الدراهم التي دفع اليه جاز وان كانت من غير جنسها لم يجز قال أشهب ذلك جائز فيهما وجه قول ابن القاسم انه اذا رد اليه من جنس دراهمه فقد صار ثمن الطوق

باقي الدراهم ولم يتم الرد فوجب أن يصح واذا ارد عليه مائة درهم من غير جنس دراهمه فقد باعه طوقا ومائة درهم بألف درهم وذلك غير جائز ووجه قول أشهب ما احتج به من أن هذا ليس من الصرف وانما نستثني منه الرد عليه بالعيب

(فصل) وقوله وهو اذا ارد عليه درهما من صرف بعد أن يفارقه كان بمنزلة الدين أو الشئ المستأخر فلذلك كره ذلك وانتقض الصرف معناه انه اذا ارد عليه الذهب الزائف بعد المفارقة له كان ما بدله من الدراهم دينا على بائع الدراهم تأخر القبض فيه عن وقت العقد فلا يصح اتمام الصرف فيه ويجب نقضه

(فصل) وقوله وانما أراد عمر أن لا يباع الذهب والورق والطعام كله عاجل بآجل فانه لا ينبغي أن يكون في شئ من ذلك تأخير ولا نظرة كان من صنف واحد أو أصناف مختلفة هذا مذهب مالك رحمه الله انه لا يجوز التفرق قبل القبض في بيع الطعام وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ذلك جائز والدليل على ما نقوله الحديث المذكور عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والتبر بالتبر ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء

﴿ المراطلة ﴾

ص ﴿ مالك عن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي انه رأى سعيد بن المسيب يراطل الذهب بالذهب فيفرغ ذهبه في كفة الميزان ويفرغ صاحبه الذي يراطله ذهبه في كفة الميزان الأخرى فاذا اعتدل لسان الميزان أخذ وأعطى ﴾ ش قوله يراطل الذهب بالذهب يريد مبادلة أحدهما بالآخر وزنا بوزن وهي المراطلة وهو على ضربين احدهما غير مسكوك فلا خلاف على المذهب في جوازه والثاني مسكوك فهو مخرج في المذهب على روايتين احداهما انه جائز وذلك مبني على أن الدنانير والدراهم تتعين بالعقد وعلى هذا ترد أكثر مسائل أصحابنا في المراطلة فان أقوالهم في ذلك مطلقة لا تتقيد بمعرفة الوزن والثانية انه لا يجوز وذلك مبني على ان الدنانير والدراهم لا تتعين بالعقد لان هذا من باب الجزاف والجزاف من مسكوك الذهب والفضة لا يجوز العقد عليه الا أن يكون هذا الحكم يختص عندهم بالمراطلة ولا فرق بينها وبين الصرف وغيره من البيوع والله أعلم وقد رأيت لبعض أصحابنا انه لا يجوز المراطلة بين الدنانير والدراهم لهذا المعنى وقد يجوز ذلك بان يعرف وزن أحد الذهبين ثم يراطل بها الآخر (مسئلة) فاما ان وزنت احدى الذهبين ثم وزن بعد ذلك بدلها بتلك الصنجة فانه جائز اذا تيقنت المساواة بينهما لانه الذهب بالذهب مثلا بمثل وقد عرا عن الجزاف بمعرفة قدره ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا في بيع الذهب بالذهب والورق بالورق مراطلة أنه لا بأس بذلك أن يأخذ أحد عشر دينارا بعشرة دنانير يدا بيد اذا كان وزن الذهبين سواء عينا بعين وان تفاضل العدد والدراهم أيضا في ذلك بمنزلة الدنانير ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يراعى في مراطلة الذهب بالذهب والورق بالورق العدد وانما يراعى فيه الوزن سواء كانت كلها مجموعة أو فرادى أو قائمة أو كان أحد العوضين مجموعة والثانية فرادى أو قائمة ووجه ذلك ان الاعتبار في الورق والذهب انما هو بالوزن وانما أبيح التعامل فيه بالعدد في بعض البلاد للعرف مع العلم بالوزن فبالا يراعى فيه التساوي فاذا كان العقد مما يراعى فيه التساوي وجب أن يعتبر الوزن الذي هو أصل اعتباره ووجه المساواة فيه وسقط حكم العدد لانه لا اعتبار به في فساد عقد ولا صحته وسواء كان

﴿ المراطلة ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي انه رأى سعيد بن المسيب يراطل الذهب بالذهب فيفرغ ذهبه في كفة الميزان ويفرغ صاحبه الذي يراطله ذهبه في كفة الميزان الاخرى فاذا اعتدل لسان الميزان أخذ وأعطى * قال مالك الأمر عندنا في بيع الذهب بالذهب والورق بالورق مراطلة أنه لا بأس بذلك أن يأخذ أحد عشر دينارا بعشرة دنانير يدا بيد اذا كان وزن الذهبين سواء عينا بعين وان تفاضل العدد والدراهم أيضا في ذلك بمنزلة الدنانير

أحد العوضين تبرا والآخر مسكوكا أومصوغا أوتبرا مثله ذلك كله واحد فى اعتبار المساواة فيه بالوزن ولا اعتبار فى ذلك بسكة ولا صياغة على وجه المراطلة دون اقتضائه من الدين وبالله التوفيق

ص ﴿ قال مالك من راطل ذهبا بذهب أو ورقا بورق فكان بين الذهبين فضل مثقال فاعطى صاحبه قيمته من الورق أومن غيرها فلا يأخذه فان ذلك قبيح وذريعة للربا لانه اذا جازله أن يأخذ المثقال بقيمته حتى كانه اشتراه على حدته جازله أن يأخذ المثقال بقيمته مرارا لأنه يجيز ذلك البيع بينه وبين صاحبه * قال مالك ولو أنه باعه ذلك المثقال مفردا ليس معه غيره لم يأخذه بعشر الثمن الذى أخذه به لان يجوز له البيع فذلك الذريعة الى احلال الحرام والأمر المنهى عنه ﴾ ش وهذا كما قال ان من راطل ذهبا بذهب فانه لايجوز أن يكون مع أحد الذهبين ورق ولا عرض ولا شئ سواء كانت احدى الذهبين أكثر من الأخرى ويكون العرض من العرض أوغيره فى مقابلة زيادة أحد الذهبين على الآخر أوكان الذهبان متساويين وبيان ذلك أن يكون قد دفع اليه دينارين بدينار ويجعل مع الدينار ثوبا أوطعاما أو ورقا أوغير ذلك ليكون فى مقابلة الدينار الآخر فانه لايجوز ذلك ومنع منه مالك لوجهين أحدهما أنه قبيح وممنوع لنفسه ولفساد العقد على هذا الوجه لما فيه من التفاضل بين الذهبين لان السلعة التى مع الدينار مقسطة مع دينارها على الدينارين فيصيب كل دينار نصف دينار ونصف السلعة وربما كانت السلعة أكثر قيمة من الدينار أوأقل قيمة فيقابل أكثر الدينارين أوأقلهما ويقابل الباقى من الذهب التى مع السلعة أقل من وزنها أوأكثر ولهذا منعه الشافعى وان لم يقل بالذرائع والوجه الثانى أن هذا العقد ممنوع للذريعة الى الحرام الذى لايجوز وقد تقدم الكلام على وجوب القول بالذرائع وتفسير ذلك فى هذه المسئلة ما احتج به مالك من انه اذا جازله أن يأخذ المثقال قيمته حتى كأنه اشتراه مفردا جازله أن يأخذ قيمته مرارا ليجيز البيع بينه وبين صاحبه يريد بذلك ليجيز المحظور الممنوع بالشرع وذلك انه اذا باع دينارا رديئا بدينار بن جيدين وعلم انه لايصح أن يعطيه بذلك الدينار نصف دينار جيد جعل مع الدينار ما يساوى أكثر من الدينار الجيد مرارا وجعله ثمنا للدينار الجيد فيكون فى الظاهر قد أعطاه دينارا رديئا بدينار جيد وأعطاه السلعة بالدينار الآخر الجيد وهو فى الحقيقة انما أعطاه الدينار الردىء بنصف دينار جيد وأخذ السلعة بدينار ونصف من الذهب الجيد وهذا مما لايحل ولا يجوز ولذلك قال مالك ولو انه باعه ذلك الدينار مفردا لم يأخذه بعشر الثمن يعنى ان ذلك الدينار الردىء الذى مع السلعة لو باعه مفردا لم يعطه به الدينار الجيد من الدينارين وانما أضاف اليه السلعة ليتوصل بذلك الى أخذ بعض دينار جيد بدينار ردىء وهذه المسئلة تعرف بمسئلة مدى عجوة لانها تفرض فيمن باع مد عجوة ودرهما بدرهمين وجوز ذلك أبوحنيفة وقال ان من باع مائة دينار فى قرطاس بمائتى دينار انه جائز ويحتسب بالقرطاس فى مائة دينار وتكون المائة الباقية من المائتين بالمائة التى فى القرطاس والدليل على المنع من ذلك ما رواه مسلم فى صحيحه من حديث على بن رباح اللخمى انه سمع فضالة بن عبيد الانصارى يقول أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلادة فيها خرز وذهب وهى من المغانم تباع فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذى فى القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن فوجه الدليل من الخبر انه أمر بنزع الخرز وافراد الذهب ليمكن بيعه ولو جاز بيعه مع الخرز لما احتاج الى وزنه ثم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن فنبه بذلك على ان علة افراده بالبيع ان يتحقق فيه الوزن بالوزن (مسئلة) ولا يجوز أن يكون مع كل واحد من الذهبين

*قال مالك من راطل ذهبا بذهب أو ورقا بورق فكان بين الذهبين فضل مثقال فأعطى صاحبه قيمته من الورق أو من غيرها فلا يأخذه فان ذلك قبيح وذريعة الى الربا لأنه اذا جازله أن يأخذ المثقال بقيمته حتى كأنه اشتراه على حدته جازله أن يأخذ المثقال بقيمته مرارا لأنه يجيز ذلك البيع بينه وبين صاحبه * قال مالك ولو أنه باعه ذلك المثقال مفردا ليس معه غيره لم يأخذه بعشر الثمن الذى أخذه به لأنه يجوز له البيع فذلك الذريعة الى احلال الحرام والأمر المنهى عنه

* قال مالك فى الرجل يراطل الرجل ويعطيه الذهب العين الجياد ويجعل معها تبراذهبا غير جيدة ويأخذ من صاحبه ذهبا كوفية مقطعة وتلك الكوفية مكروهة عند الناس فيتبايعان ذلك مثلا بمثل ان ذلك لا يصلح * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن صاحب الذهب الجياد أخذ فضل عيون ذهبه فى التبر الذى طرح مع ذهبه ولولا فضل ذهبه على ذهب صاحبه لم يراطله صاحبه بتبره ذلك الى ذهبه الكوفية وانما مثل ذلك

كمثل رجل أراد أن يبتاع ثلاثة أصوع من تمر عجوة بصاعين ومد من تمر كبيس فقيل له هذا لا يصلح فجعل صاعين من كبيس وصاعا من حشف يريد أن يجيز بذلك بيعه فذلك لا يصلح لانه لم يكن صاحب العجوة ليعطيه صاعا من العجوة بصاعى حشف ولكنه انما أعطاه ذلك لفضل الكبيس أوان يقول الرجل للرجل بعنى ثلاثة أصوع من البيضاء بصاعين ونصف من حنطة شامية فيقول هذا لا يصلح الامثلا بمثل فيجعل صاعين من حنطة شامية وصاعا من شعير يريد أن يجيز بذلك البيع فيما بينهما فهذا لا يصلح لانه لم يكن ليعطيه بصاع من شعير صاعا من حنطة بيضاء لو كان ذلك الصاع مفردا وانما أعطاه اياه لفضل الشامية على البيضاء فهذا لا يصلح وهو مثل ما وصفنا من التبر * قال مالك فكل شئ من الذهب والورق والطعام كله الذى لا ينبغى أن يباع الامثلا بمثل فلا ينبغى أن يجعل مع الصنف الجيد منه المرغوب فيه الشئ الردىء المسخوط ليجاز بذلك البيع ويستحل بذلك ما نهى عنه من الأمر الذى لا يصلح اذا جعل ذلك مع الصنف المرغوب فيه وانما يريد صاحب ذلك أن يدرك بذلك فضل جودة ما يبيع فيعطى الشئ الذى لو أعطاه وحده لم يقبله صاحبه ولم يهم بذلك وانما يقبله من أجل الذى يأخذ معه لفضل سلعة صاحبه على سلعته فلا ينبغى لشئ من الذهب والورق والطعام أن يدخله شئ من هذه الصفة فان أراد صاحب الطعام الردىء أن يبيعه بغيره فليبعه على حدته ولا يجعل مع ذلك شيأ فلا بأس به اذا كان كذلك

شئ تساويا أو اختلفا فلا يجوز دينار ودرهم بدينار ودرهم الديناران متساويان والدرهمان كذلك وأجازه الشافعى والدليل على صحة ما نقوله انه قد وجد على كل واحد من عوض الذهب ما ليس بذهب فلم يجز أن يشملهما بيع كما لو كان مع كل واحد منهما سلعة ص ﴿ قال مالك فى الرجل يراطل الرجل ويعطيه الذهب العين الجياد ويجعل معها تبرا ذهبا غير جيدة ويأخذ من صاحبه ذهبا كوفية مقطعة وتلك الكوفية مكروهة عند الناس فيتبايعان على ذلك مثلا بمثل ان ذلك لا يصلح * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك ان صاحب الذهب الجياد أخذ فضل عيون ذهبه فى التبر الذى طرح مع ذهبه ولولا فضل ذهبه على ذهب صاحبه لم يراطله صاحبه بتبره ذلك الى ذهبه الكوفية وانما مثل ذلك كمثل رجل أراد أن يبتاع ثلاثة أصوع من تمر عجوة بصاعين ومد من تمر كبيس فقيل له هذا لا يصلح فجعل صاعين من كبيس وصاعا من حشف يريد أن يجيز بذلك بيعه فذلك لا يصلح لأنه لم يكن لصاحب العجوة ليعطيه صاعا من العجوة بصاعى حشف ولكنه انما أعطاه ذلك لفضل الكبيس أو أن يقول الرجل للرجل بعنى ثلاثة أصوع من البيضاء بصاعين ونصف من حنطة شامية فنقول هذا لا يصلح الا مثلا بمثل فيجعل صاعين من حنطة شامية وصاعا من شعير يريد أن يجيز بذلك البيع فيما بينهما فهذا لا يصلح لأنه لم يكن ليعطيه بصاع من شعير صاعا من حنطة بيضاء لو كان ذلك الصاع مفردا وانما أعطاه اياه لفضل الشامية على البيضاء فهذا لا يصلح وهو مثل ما وصفناه من التبر * قال مالك فكل شئ من الذهب والورق والطعام كله الذى لا ينبغى أن يباع الا مثلا بمثل فلا ينبغى أن يجعل مع الصنف الجيد منه المرغوب فيه الشئ الدنىء المسخوط ليجاز بذلك البيع ويستحل بذلك ما نهى عنه من الامر الذى لا يصلح اذا جعل ذلك مع الصنف المرغوب فيه وانما يريد صاحب ذلك أن يدرك بذلك فضل جودة ما يبيع فيعطى الشئ الذى لو أعطاه وحده لم يقبله صاحبه ولم يهم بذلك وانما يقبله من أجل الذى يأخذ معه لفضل سلعة صاحبه على سلعته فلا ينبغى لشئ من الذهب والورق والطعام أن يدخله شئ من هذه الصفة فان أراد صاحب الطعام الردىء أن يبيعه بغيره فليبعه على حدته ولا يجعل مع ذلك شيأ فلا بأس به اذا كان كذلك ﴾ ش وهذا كما قال ان من راطل ذهبا بذهب واحد الذهبين من جنسين فان كان لم يعلم مقدار الجيد من الردىء لم تجز المراطلة ولا المبايعة كلها وان علم مقدار ذلك لم يخل أن يكون أحد الذهبين من جنس الذهب المفردة مساوية لها فى الجودة والنفاق أو لا تكون احداهما مساوية لها فالظاهر من المذهب جواز ذلك سواء كانت الذهب التى معها أفضل أو أدون وهذا الاوجه فيه لمنع الذريعة لأن مساواة احدى الذهبين الذهب التى فى عوضها تنفى التهمة التى تلحق من جهة التقسيط فوجود إلا أن يحمل التقسيط على وجه

الذريعة والتهمة فى ذلك فيبعد أيضا وهذا مالم يكن رداءة أحد الذهبين من غش نحاس فيها وانما هى الرداءة فى غش الذهب فان كانت مغشوشة بنحاس لم تجز المراطلة بها قاله الشيخ أبو اسحق وأن ما قال مالك فى الذهب المفردة بالذهب المفردة (مسئلة) وان كانت غير مساوية لها فلا يخلو أن يكون الذهبان أفضل أو أدنى من الذهب المفردة أو يكون احدى الذهبين أفضل من المفردة والثانية أدنى منها فان كانت أفضل أو أدنى فعلى ماتقدم وان كانت احداهما أفضل والأخرى أدنى فلا خلاف فى المذهب انه لايجوز ووجه ذلك مايلزم من تقسيط الذهب المفردة على الذهبين اللتين احداهما أفضل منها والاخرى أدنى منها فيؤدى به ذلك الى التفاضل فى الذهب أو يمنع ذلك للتهمة فى قصد ذلك فتقوى التهمة هنا دون أن تكون احدى الذهبين مساوية لها والاخرى أفضل وأدنى فان التهمة تضعف فيهما على ماقدمناه (مسئلة) ولو كانت دراهم سود بدراهم بيض دونها ومع السود فضة كفضة البيض ففى كتاب محمد أن ذلك لايجوز لنقص السكة يريد أن نقص السكة فى فضة البيض انما سومح فيه لفضل السود على الدراهم البيض فراعى السكة مع التناجز والذى فى المدونة خلاف هذا والله أعلم

﴿ العينة ومايشبهها ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه * مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه يريد أنه اذا استفاده بالابتياع فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه ممن بائعه منه لأنه لايجوز أن يتوالى على الطعام عقدا بيع لايتخللهما استيفاء بالكيل ان كان مكيلا أو بالوزن ان كان موزونا لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك وفى هذا أربعة أبواب * الباب الاول فى تمييز مايختص به هذا الحكم من المبيعات * والباب الثانى فى تمييز مايختص به من وجوه الاستفادة * والباب الثالث فى تمييز ما يكون قبضا واستيفاء * والباب الرابع فى تمييز مايصحح قبض البيع الثانى

(الباب الاول فى تمييز مايختص به هذا الحكم من المبيعات)

المبيع على ضربين مطعوم وغير مطعوم فأما المطعوم فانه على قسمين قسم يجرى فيه الربا وقسم لايجرى فيه فأما مايجرى فيه الربا فلا خلاف على المذهب فى أنه لايجوز بيعه قبل استيفائه وأما ما لايجرى فيه الربا فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما أنه لايجوز بيعه قبل قبضه وهو المشهور من المذهب وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز بيعه قبل قبضه ووجه الرواية الاولى ما احتج به أصحابنا فى هذه المسئلة من قول النبى صلى الله عليه وسلم من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه وهذا يصح الاحتجاج به فى هذا الحكم على قول من يمنع التخصيص بعرف اللغة وأما من رأى التخصيص بعرف اللغة فلا يجوز الاحتجاج بهذا الحديث على هذا الحكم لأن لفظة الطعام اذا أطلقت فانما يفهم منها بعرف الاستعمال الحنطة دون غيرها ولذلك لو قال رجل مضيت الى سوق الطعام لم يفهم منه الاسوق الحنطة ودليلنا من جهة القياس أن هذا مطعوم فلم يجز بيعه قبل قبضه كالذى يجرى فيه الربا ووجه الرواية الثانية أن مالا يجوز فيه التفاضل نقدا فانه لايحرم بيعه قبل قبضه كغير المطعوم (فرع) واذا قلنا باجراء هذا الحكم فى المقتات خاصة فلا فرق بينهما فاذا أجريناه فى كل مطعوم فلا فرق بين هذا

﴿ العينة وما يشبهها ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه * وحدثنى عن مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه

وبين حكم الربا (مسئلة) وهذا فى المطعوم المقتات المكيل أو الموزون وروى ابن القاسم عن مالك فى المبسوط وكذلك المعدود ولا يجوز ذلك فيه حتى يقبضه وقد قاله غيره من أصحابنا وهو المذهب ان شاء الله تعالى

(فصل) وان كان غير مطعوم فمذهب مالك أنه لا مدخل لهذا الحكم فى غير المطعوم ولا تعلق له به سواء كان مكيلا أو موزونا أو غير مكيل ولا موزون وقال عبد العزيز بن أبى سلمة وربيعة ويحيى بن سعيد أن كل ما بيع على كيل أو وزن أو عدد مطعوما كان أو غير مطعوم فلا يجوز بيعه قبل قبضه واختاره ابن حبيب وقال أبو حنيفة هذا الحكم ثابت فى كيل مبيع ينقل ويحول وقال الشافعى هو حكم ثابت فى كل مبيع واستدل أصحابنا فى ذلك بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه فوجه ذلك انه خص هذا الحكم بالطعام فدل ذلك على أن غير الطعام مخالف له وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد تقدم الكلام فيه ودليلنا من جهة القياس ان هذا مبيع ليس بمطعوم فجاز بيعه قبل قبضه كالدنانير والدراهم

(الباب الثانى فى تمييز ما يختص به من وجوه الاستفادة)

العقود على ضربين معاوضة وغير معاوضة فأما المعاوضات فالبيع وما فى معناه من الاجارة والمصالحة والمناكحة والمخالعة والمكاتبة على وجه العوض كأرزاق القضاة والمؤذنين وأصحاب السوق فان هذا كله يؤخذ على وجه المعاوضة وقال أبو حنيفة ما ملك بمهر أو خلع من طعام أو غيره فانه يجوز بيعه قبل قبضه وهذه العقود تنقسم على ثلاثة أقسام قسم يختص بالمغابنة والمكايسة كالاجارة والبيع وما كان فى حكمهما وقسم يصح أن يقع على وجه المغابنة ويصح أن يقع على وجه الرفق كالاقالة والشركة والتولية وقسم لا يكون الا على وجه الرفق كالقرض فأما البيع وما كان فى معناه مما يختص بالمغابنة قال القاضى أبو محمد ما كان أجرة لعمل أو قضاء لدين أو مهرا أو خلعا أو صلحا عن دم عمد أو مثلا لمتلف أو ارش جناية فى مال مضمون أو معين فذلك كله يجرى مجرى البيع فيما ذكرناه فلا خلاف فى انه لا يجوز أن يتوالى منه عقدان من جنس واحد أو من جنسين مختلفين على معين أو ثابت فى الذمة لا يتخللهما قبض والأصل فى ذلك الحديث المتقدم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى ومن جهة المعنى ان ذلك ممنوع حفظه وحراسته وتوقيه من الربا لئلا يتوصل أهل العينة بذلك الى بيع دنانير بأكثر منها وذلك ان صاحب العينة يريد أن يدفع دنانير فى أكثر منها نقدا أو الى أجل فاذا علم بالمنع فى ذلك توصل اليه بان يذكر حنطة بدينار ثم يبتاعه بنصف دينار دون استيفاء ولا قصد لبيعه ولا لابتياعه فلما كثر هذا وكانت الأقوات مما يتعامل بها فى كثير من البلاد ولاسيما فى بلاد العرب وكان ذلك مما يقصد لهذا المعنى كثير المعرفة جميع الناس لثمنه وقيمته ووجود أكثر الناس له منع ذلك فيها وشرط فى صحة توالى البيع فيها خلال القبض والاستيفاء لان ذلك نهاية التبايع فيها وتمام العقد ولزومه ولم يشترط ذلك فى سائر المبيعات لانه لم يتكرر تعامل أهل العينة بها لان ثمنها يخفى فى الأغلب ويقل مشتريها (فرع) ومن باع ثمر حائطه واستثنى منه كيلا يجوز استثناؤه ثم أراد بيعه فقد اختلف قول مالك فيه فكرهه ثم رجع الى اجازته روى ذلك ابن المواز وجه الكراهية مبنى على أن المستثنى مبيع ووجه الاباحة والجواز مبنى على أن المستثنى غير مبيع (مسئلة) وأما ما صح أن يقع من عقود المعاوضة على وجه الارفاق ووجه المغابنة كالاقالة والشركة والتولية فان وقع على وجه الرفق فانه يصح أن يلى البيع فى الطعام قبل القبض

ووجه وقوعه على الرفق أن يكون على حسب ما وقع عليه البيع فيه فان تغير عن ذلك بزيادة ثمن أو صفة أو نقص أو مخالفة في جنس ثمن أو أجل خرج عن وجه الرفق الى البيع الذي لا يجوز والأصل في جواز ذلك اذا وقع على وجه الرفق ما رواه سحنون في المدونة عن ابن القاسم عن سليمان بن يسار عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه الا ما كان من شركة أو تولية أو اقالة ومن جهة المعنى ان هذه عقود مبنية على المعروف والمواصلة دون المغابنة والمكايسة التي لمضارعتها منع بيع الطعام قبل استيفائه وذلك أنه منع لمشابهته العينة فاذا وقعت هذه العقود على وجه الرفق وعريت من المغابنة والمكايسة كانت مباحة كالقرض وهذا في الجملة فأما التفصيل فلا يخلو أن يكون ثمن الطعام عينا أو غير عين فأما العين فانه ان كان مثله في قدره وصفته فلا خلاف في المذهب في جواز الاقالة به وان تغيرت صفته أو قدره لم تجز لانه ليس باقالة وانما هو بيع الطعام قبل استيفائه لان الاقالة انما هي على مثل ما انعقد عليه البيع ولذلك قال بعض أصحابنا انها ليست بعقد مستأنف وهي نقض للعقد الأول (مسئلة) وان كان ثمن الطعام غير عين لم يخل أن يكون مما له مثل كالمكيل والموزون والمعدود أو مما لا مثل له مما يرجع الى القيمة فان كان مما له مثل من المكيل والموزون والمعدود ففي الواضحة تجوز الاقالة بالمثل وقاله أشهب في المجموعة وشرط أن لا يكون أرفع منه ولا أدنى وأن يكون حاضرا عنده وقال ابن القاسم لا يجوز ذلك وجه قول أشهب أن هذا انما له مثل فصحت الاقالة من الطعام بمثله كالدنانير والدراهم ووجه قول ابن القاسم أن هذا عوض يتعين بالعقد فلم تجز الاقالة من الطعام الا بعينه دون مثله أصل ذلك ما يرجع الى القيمة (مسئلة) فان كان الثمن مما لا مثل له كالثوب والحيوان ففي الواضحة لا تجوز الاقالة بمثله ولا بقيمته وانما تجوز منه بعينه ما لم تدخله زيادة ولا نقص في بدن ويجوز ان دخله تغير أسواق ووجه هذا ما قدمناه من ان الاقالة انما هي في معنى حل العقد الأول فاذا لم يرد اليه ثمنه ولا مثله لم تكن اقالة وكان بيع الطعام قبل استيفائه وهو ممنوع منه (مسئلة) وان كان الطعام ثمنا للعمل في اجارة جاز أن يقيله قبل العمل ولم يجز ذلك بعد العمل فان عمل بعض العمل جاز أن يقيله مما بقي دون ما عمل رواه كله ابن المواز عن أشهب ووجه ما احتج به ابن حبيب ان أعمال الناس تختلف فلا يكون العمل الآخر مثلا للاول وذلك ينافي الاقالة ولان العمل انما يرجع الى القيمة فلا تصح الاقالة فيه بعد فواته كالثوب وأما الكتابة ففي الواضحة ولا تبع طعامك من كتابة من غير المكاتب قبل قبضه الا أن يكون يسيرا تافها بيع مع غيره مما كاتبه عليه فلا بأس به

(فصل) وأما ما يختص بالرفق من عقود المعاوضة كالقرض فانه يجوز أن يتكرر على الطعام قبل قبضه وأن يلي البيع ويليه البيع لا خلاف في ذلك نعلمه (مسئلة) وأما ما يلزم الذمة من الطعام بغير عقد مثل أن يلزمها بالغصب والتعدي ففي كتاب محمد انه كالقرض يجوز بيعه قبل قبضه وحكى القاضي أبو محمد انه كالبيع ان كان مثلا لمتلف ولا يجوز بيعه قبل قبضه وجه القول الأول ان أخذ مثل الطعام في الغصب يتوالى على الطعام من غير أن يتخللهما قبض فلو كان بمنزلة البيع لما جاز أن يتواليا عليه وهذا باطل باتفاق ووجه رواية القاضي أبي محمد انه طعام يؤخذ عوضا على وجه المشاحة وترك الارفاق فلم يجز أن يلي البيع دون قبض أصل ذلك البيع (أما ما كان من العقود ليس فيه معاوضة كالهبة والصدقة والعطية فلا بأس أن يتوالى على الطعام قبل قبضه لانها ليست من عقود

المعاوضة ولا يتصور فيها معنى العينة التي لها منع بيع الطعام قبل استيفائه

(فصل) اذا ثبت أنه لا يجوز بيع الطعام قبل استيفائه فانه لا يجوز أن يبيعه هو ولا وكيله ولا وارثه قاله مالك في المبسوط لان انتقاله بالميراث لا يجوز أن يكون حاجزا بين البيعتين ولا يقوم مقام القبض في اباحة البيع فيه وان وهبه الرجل بعد أن ابتاعه قبل أن يستوفيه لم يجز للموهوب له أن يبيعه حتى يستوفيه رواه في المدونة عبد الرحمن بن دينار عن المغيرة وعيسى بن دينار عن ابن القاسم وزاد مالك في النوادر وكذلك لو وهب له أو تصدق به عليه أو أخذه قضاء من سلف قال وأخفه عندي الهبة والصدقة وفي الموازية عن مالك من أحلته على طعام من بيع أقرضته اياه أو قضيته اياه من قرض فلا يبيعه حتى يستوفيه (مسئلة) اذا ثبت أن هذا الحكم يتعلق بما استفيد على وجه المعاوضة فانه أيضا يجب أن يمنع من عقود المعاوضة قبل الاستيفاء ولا يمنع ما ليس بمعاوضة من هبة ولا صدقة ولا قرض ولا غير ذلك من العقود التي تعرى عن العوض ولذلك لم تمنع من الاقالة والتولية والشركة وان كانت فيها معاوضة

(الباب الثالث في تمييز ما يكون قبضا واستيفاء)

وأما ما يكون قبضا واستيفاء يصح أن يفصل بين البيعتين في الطعام فهو ما يخرج به من ضمان البائع الى ضمان المشتري من الكيل والتوفية في المكيل والموزون والتوفية في الموزون وفي التحري في الاتفاق على مقداره والحكم به وتوفيته ان كان فيه حق توفية وذلك بأن يوفيه البائع المبتاع وتسليم المبتاع اياه لازم قبل أن يبيعه وقد تقدم وصف التوفية قبل هذا فمثل هذا يكون فصلا بين البيعتين فان عقدا عقدا من بيع في طعامين في ذمتين ثم أرادا أن يتقاضيا بهما لم يجز ذلك على المشهور من المذهب وبه قال ابن القاسم وقال أشهب في كتاب ابن المواز ان اتفق رأس مالها في القدر والصفة جاز ذلك وجه القول الاول انهما لما تقاضيا بالطعام آل أمرهما الى طعام واحد فقد انعقد عليه عقد ابيع وكل واحد منهما انعقد بلفظ البيع وعلى معناه من المغابنة والمكايسة لم يفصل بينهما قبض وذلك ممنوع ووجه القول الثاني ان ما آل أمرهما الى الاقالة لان المسلم الثاني رد الى الأول مثل رأس ماله وهذا معنى الاقالة والعقود لا تعتبر فيها باللفظ وانما تعتبر بالمعنى ولما كان معنى ما وجد منهما السلم والاقالة وذلك يجوز في الطعام قبل استيفائه جاز ذلك في مسئلتنا (مسئلة) وان كان الطعامان من قرض جاز ذلك حل أجلهما أو لم يحل لان اتصال القرضين في الطعام ليس بممنوع وان كان أحدهما من بيع والآخر من قرض فحل أجلاهما جازت المقاصة لان اتصال القرض بالبيع جائز في الطعام فان لم يحل واحد منهما فالمشهور من المذهب انه لا يجوز وبه قال ابن القاسم وقال ابن حبيب ان اتفق الأجلان جازت المقاصة وقاله أصحاب مالك الا ابن القاسم وجه القول الاول ان المقاصة قبل الاجل مع الاجل في البيع يمنع المقاصة بما لا يجوز الا عند حلول الأجل كالمقاصة بالدنانير والدراهم ووجه القول الثاني انه اذا كان الاجلان واحدا كان ذلك بمنزلة حلولهما لان الذمتين تبرآن منهما دون زيادة من أحدهما (مسئلة) فان حل من الأجلين أجل القرض ولم يحل أجل السلم لم يجز ذلك أيضا لما قلنا وان حل أجل السلم ولم يحل أجل القرض لم يجز عند ابن القاسم وجوزه أشهب وجه ما قاله ابن القاسم ان هذا مقاصة بما حل فيما لم يحل فوجب أن يكون بيعا كما لو لم يحل أجل السلم ووجه قول أشهب ان القرض لما لم يلزم أجله المقترض كان بمنزلة الحال والمشهور من قول أشهب أن المسلف لا يجبر على قبض القرض قبل الأجل وعن ابن القاسم انه يجبر فكان

يجب أن تجوز هذه المسئلة على أصول ابن القاسم ولا تجوز على أصل أشهب غير أن ابن القاسم أكثر تمسكا بأصله لان الاجل وان لم يلزم المتسلف فهو يلزم المسلف (مسئلة) وأما ما اشترى جزافا فان استيفاءه بتمام العقد فيه لانه ليس فيه توفية أكثر من ذلك ويتخرج فى ذلك مذهبان أحدهما ان الحديث بالمنع من بيع الطعام قبل استيفائه عام فيه وفى المكيل الا أن الاستيفاء فيه بتمام العقد عليه والثانى انه لا يتعلق به المنع والحديث خاص فى المكيل الذى فيه حق التوفية ولذلك قال صلى الله عليه وسلم حتى يستوفيه ولم يقل حتى ينقله أو يأخذه فعلق هذا الحكم بما ثبت له حكم الاستيفاء وهو المكيل والموزون والمعدود وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المبسوط من اشترى طعاما مصبرا جزافا فانه لا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه من بائعه منه أو من غيره نقده الثمن أو لم ينقده بأكثر من الثمن أو أقل أو بمثله ومما يدل على ذلك ان من اشترى تمرا فى رؤس النخل فلا بأس أن يبيعه قبل جده وان كان استيفاؤه لم يوجد لاتفاقنا مع الشافعى على ثبوت حكم الجائحة فيه وقد روى الوقار عن مالك انه لا يجوز بيع شئ من المطعومات بيع على الكيل أو الوزن أو العدد أو على الجزاف قبل قبضه وبه قال أحمد بن حنبل والثورى (مسئلة) ومن ابتاع لبن غنم بأعيانها شهرا فأراد بيعها قبل أن يحلبه نهى عنه ابن القاسم وأجازه أشهب واختار محمد النهى قال لانه فى ضمان البائع حتى يقبض فهو من بيع ما لم يقبض من الطعام وجه قول اشهب انه لم يبق على البائع فيه حق توفية كالثمرة فى رؤس النخل والفرق على قول ابن القاسم بينها وبين الثمرة فى رؤس النخل انها ليست فى ضمان البائع على الاطلاق وانما هى من ضمانه على وجه مخصوص مختلف فيه

(الباب الرابع فى تمييز ما يصح قبض البيع الثانى)

أما قبض المسلم اليه الطعام من نفسه باذن المسلم فلا يجوز أن يباع به وكذلك قبض زوجته أو عبده أو مدبره أو أم ولده الا أن يكون ولده الكبير الذى قد بان بالحيازة عنه فلا بأس بذلك قاله ابن القاسم فى المدونة ولو استوفى كيله منه ثم تركه عنده أو عند غيره جاز له أن يبيعه قبل أخذه منه قاله مالك فى المبسوط ووجه ذلك انه لو استوفاه وتركه عنده وديعة واستيفاء من وهب أو تصدق به عليه أو قرضه يبيح له بيعه لانه قد حل محل من كان له وبالله التوفيق ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال كنا فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه ﴾ ش قوله كنا نؤمر بانتقاله الى مكان سواه قبل أن نبيعه معناه والله أعلم انه اشتراه جزافا وقد ورد ذلك مفسرا ورواه ابن شهاب عن سالم عن أبيه قال رأيت الذى يشترى الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعوه حتى يؤووه الى رحالهم فلما كان الاستيفاء فى بيع الجزاف يتم بتمام اللفظ بالبيع وقد رأيت لابن عبدوس فى المجموعة ما يقتضى هذا لانه روى عن مالك فيمن ابتاع ثمر عدد نخلات بلا كيل ان له بيع ذلك قبل جده لانه قد صار فى ضمانه بالبيع فذلك قبض فاقتضى قوله ان تمام البيع هو القبض وأما التخلية بينه وبين المتاع فليست من باب التوفية وانما هى من باب تركه منع ذى الحق من حقه وقد قال القاضى أبو محمد انه يجوز له بيعه فأشار الى ان التخلية على التوفية فعلى هذا يكون معنى ضربهم على المنع من بيعه حتى ينقلوه الى رحالهم ليتبين الاستيفاء بعد وجود التوفية بالتخلية فشرع نقله من مكانه ليفصل بين البيعتين عمل ظاهر فيه بعض أفعال الكيل لان الكيل فيه أيضا نقل من مكان الى مكان الا انه نقل يلزم البائع ولم يبق فى الجزاف على البائع عمل فجاز لذلك بيعه كما يجوز بيع الثمار على رؤس

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال كنا فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه

النخل لمن اشتراها قبل أن يجدها وانما بقي فيه العمل على المبتاع أن ينقله قبل أن يبيعه وهذا لما كان حقا على المبتاع لم يبطل البيع ولذلك لم يكن له تعلق بالبائع وقد روى في المبسوط ابن القاسم عن مالك ما تقدم من جواز بيع الصبرة لمن اشتراها قبل أن يقبضها ومنع من ذلك أبو حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا ولانه لم يوفه حق توفيته فجاز بيعه كالمكيل بعد الكيل وحكى القاضي أبو محمد ان مالكا استحب أن يباع بعد نقله ليخرج من الخلاف وعندي في هذه المسئلة ان مالكا انما تكلم على صحة العقد والعقد صحيح لما ذكرناه ولم يتكلم على ما يلزم المشتري من تقديم نقله ويجب أن يتقرر المذهب على انه ليس بلازم له ليخرج بتركه ويلزم الامام أن يمنع منه فان فات بعقد البيع لم يرد لصحة العقد وبالله التوفيق وقد روى في المدنية ابن نافع عن مالك انه كره لمن اشترى الطعام جزافا أن يبيعه بنظرة قبل أن ينقله قال مالك لانه بلغني ان ابن عمر كان يقول ان النبي صلى الله عليه وسلم يبعث الينا اذا اشترينا الطعام جزافا لا تبيعوه مكانه الذي اشتريتموه فيه حتى ينقله الى مكان سواه قال مالك تفسيره أن يبيعه بالدين قال ابن القاسم كان يستحب ذلك ولا يراه حراما وان وقع جاز وما قدمناه فيه ظاهر محتمل وفي كتاب أبي القاسم الجوهري بأثر هذا الحديث انما هو في تلقي الركبان وهذا أيضا يحتمل فيكون معناه ان من اشتراه في موضع غير سوق ذلك الطعام فلا يبيعه ممن يلقاه قبل أن يبلغ به السوق وقولهم انما يرجع الى صحة العقود دون ما على البائع الثاني ذلك فانهم لم يتعرضوا الذكره والله أعلم وأحكم وقد تقدم من رواية يحيى بن زكريا الوقار أن ذلك لا يجوز والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن نافع ان حكيم بن حزام ابتاع طعاما أمر به عمر بن الخطاب للناس فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فرده عليه وقال لا تبع طعاما ابتعته حتى تستوفيه ﴾ ش قوله ان حكيم بن حزام ابتاع طعاما أمر به عمر بن الخطاب للناس يحتمل أن يكون أمر به ابتداء بغير عمل استحقوه لذلك فجاز لهم بيعه قبل قبضه وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك فيما فرض عمر بن الخطاب رضي الله عنه لازواج النبي صلى الله عليه وسلم من الأرزاق من طعام فلا بأس ببيع مثل هذه الأرزاق قبل قبضها وكذلك طعام الجار فعلى هذا انما نهاه عمر بن الخطاب عن بيعه لانه صار اليه بالابتياع ولا يجوز له بيعه قبل قبضه ولم ينههم عن شرائه لانه لم يصر الى ان من باعه منه معاوضة ويحتمل أن يكون أمر لهم به على عمل استحقوه به فقبضوه ثم ابتاعه منهم حكيم بن حزام فباعه قبل قبضه فعلى هذا ابتياعه جائز مباح وبيعه ممنوع ويحتمل أن يكون أمر لهم به لعمل عملوه فباعوه منه قبل قبضه ثم باعه حكيم قبل قبضه أيضا فعلى هذا ابتياعه ممنوع وبيعه ممنوع وقد قال ابن حبيب في الواضحة ما كان من أرزاق القضاة أو الكتاب أو المؤذنين وأصحاب السوق من الطعام فلا يباع حتى يقبض وما كان من صلة أو عطية من غير عمل فذلك جائز

(فصل) وقوله فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فرده عليه يريد انه رد بيعه قبل استيفائه فقبضه مبتاعه فان كان البيعتان ممنوعتين فقد ردهما وان كان بيع حكيم بن حزام هو الممنوع خاصة رد وذلك انه ان كان لم يغب المبتاع عن الطعام نقض البيع بينهما وأخذ مبتاع الطعام الثمن ان كان قضاه وبقي الطعام لبائعه وان كان قد غاب عليه لزمه رد مثله وأخذ ثمنه ولو كان مبتاعه قد غاب فلم يقدر عليه لرد ففي الموازية عن ابن القاسم يؤخذ الثمن من البائع فيبتاع به مثل طعامه فان قصر عن مقدار طعامه كان له أن يبيع الغائب مما نقص وان فضل شيء وقف للغائب يأخذه ان جاء وان كان كفافا أجزأ بعضها

* وحدثني عن مالك عن نافع أن حكيم بن حزام ابتاع طعاما أمر به عمر بن الخطاب للناس فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فرده عليه وقال لا تبع طعاما ابتعته حتى تستوفيه

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن صكوكا خرجت للناس في زمان مروان ابن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها فدخل زيد ابن ثابت ورجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم على مروان بن الحكم فقالا أتحل بيع الربا يامروان فقال أعوذ بالله وماذاك فقال هذه الصكوك تبايعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها فبعث مروان بن الحكم الحرس يتتبعونها ينزعونها من أيدي الناس ويردونها الى أهلها * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن رجلا أراد أن يبتاع طعاما من رجل الى أجل فذهب به الرجل الذي يريد أن يبيعه الطعام الى السوق فجعل يريه الصبر ويقول له من أيها تحب ان ابتاع لك فقال المبتاع أتبيعني ما ليس عندك فأتيا عبد الله ابن عمر فذكرا ذلك له فقال عبد الله بن عمر للمبتاع لاتبتع منه ماليس عنده وقال للبائع

من بعض ص * مالك أنه بلغه ان صكوكا خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم على مروان بن الحكم فقالا أتحل بيع الربا يامروان فقال أعوذ بالله وماذاك فقالا هذه الصكوك تبايعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها فبعث مروان بن الحكم الحرس يتتبعونها ينزعونها من أيدي الناس ويردونها الى أهلها * ش قوله ان صكوكا خرجت للناس في زمن مروان بن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم الصكوك الرقاع مكتوب فيها أعطيات الطعام وغيرها مما تعطيه الأمراء للناس فمنها ما يكون بعمل كأرزاق القضاة والعمال ومنها ما يكون بغير عمل كالعطاء لاهل الحاجة وقد روى أشهب عن مالك في العتبية جواز بيع طعام الجار وذهب في ذلك الى أنه عطاء بغير عمل وقد قال ابن حبيب في الواضحة في النهي عن بيع صكوك الجار وهي عطايا من طعام انما نهي مبتاعها وعلى هذا التأويل انما أنكر زيد بن ثابت ومن معه بيع المبتاع لها ولم ينكر الابتياع ممن خرجت له الصكوك لما ذكرناه على أن لفظه يحتمل الأمرين لان قوله هذه الصكوك تبايعها الناس ثم باعوها فظاهر هذا اللفظ يقتضي كراهية الجمع بين الأمرين غير أن قوله في آخر الحديث فبعث مروان بن الحكم الحرس ينتزعونها من أيدي الناس ويردونها الى أهلها يقتضي أنها ترد الى من خرجت له لانهم أهلها فاقتضى ذلك نقض البيعتين ولو نقض الثاني خاصة لقال يردونها الى من ابتاعها من أهلها

(فصل) وقوله أتحل الربا يامروان على سبيل الاغلاظ مع علمه باحتمال مثل هذا منه لما ظهر من ذلك وشاع فسر انه قد بلغه ذلك أو قد كان يجب أن يبلغ في مثل حاله واهتبل بأحوال المسلمين وسائر وسأل عن أديانهم في بياعاتهم وغيرها وقول مروان أعوذ بالله من ذلك على سبيل التنصل والتبري من احلال الربا ثم سأله عن سبب قوله فأخبره ان الصكوك التي أنفذها للناس بالجار ابتاعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها فنص على أن هذا معنى الربا الذي أنكر احلاله وابلحته للناس لان هذا بيعتان في طعام لم يتخللهما استيفاء ومايخرج في الصكوك لا يكون الا مكيلا من الطعام

(فصل) وقوله فبعث مروان الحرس ينتزعونها من أيدي الناس يردونها الى أهلها يقتضي نقض تلك البياعات فان حمل على ظاهره من أنها كانت ترد الى من خرجت الصكوك باسمه فقد نقض البيعتين بيع من اشترى منهم وبيع من اشترى ممن اشترى منهم ولا خلاف أنه لايلزم بمجرد بيع الطعام قبل استيفائه الانقض البيع الثاني على ماقدمناه فان كان من أهل العينة يقول أحدهما لصاحبه تعال أبتاع لك قفيز حنطة بدينار على أن أبيعه منك بدينارين وقد قال في العتبية ابن القاسم فمن قال لرجل اشتر هذه السلعة بعشرة تنقدها وهي علي بعشرين اجابا على الآمر ففعل فهذا زيادة في السلعة ويفسخ البيع مالم يفت فان فاتت لزمت الآمر بعشرة وسقط ما زاد قال ابن حبيب ان وقع لزمت السلعة الآمر بعشرة فيؤمر بأن يعطيه عشرة معجلة ويعطيه جعل مثله انما يبطل البيع الثاني فهذا على تأويل قوله يردونها الى أهلها الى من خرجت باسمه ويحتمل أن يريد بأهلها مستحق رجوعها اليه فترد حينئذ على هذا التأويل الى من ابتاعها أولا وبالله التوفيق ص * مالك أنه بلغه أن رجلا أراد أن يبتاع طعاما من رجل الى أجل فذهب به الرجل الذي يريد أن يبيعه الطعام الى السوق فجعل يريه الصبر ويقول له من أيها تحب أن أبتاع لك فقال المبتاع أتبيعني ماليس عندك فأتيا عبد الله بن عمر فذكرا ذلك له فقال عبد الله بن عمر للمبتاع لاتبتع منه ماليس عنده وقال للبائع

لاتبع ماليس عندك ﴾ ش قوله في رجل أراد أن يبتاع طعاما من رجل الى أجل يحتمل أن يريد به انه وصف له طعاما ظن المبتاع انه عنده أو أراه طعاما ظن انه عنده أو قال له في الجملة أنا أبيع منك طعاما فاعتقد المبتاع انه عنده وظن هو أن يبيع ماليس عنده فذلك جائز ولو علم المبتاع أولا انه يبيعه ماليس عنده لأنكر عليه كما أنكره حين تبين له ذلك وأما اذا أراه عين طعام فباعه قدرا منه والمبتاع يعتقد انه عنده ففي كتاب ابن المواز سحنون من سؤال حبيب فيمن عرض قمحا أو زيتا في يده منه فجاوبه رجل منه على أقفزة معلومة ثم قال ماعندي منه شئ أو هو لغيري وأبى أن يبيع فقال ان أقام بينة انه لاشئ عنده منه وانه لغيره أولا لزمه أن يأتي بالأقفزة التي باع منه ووجه ذلك أن بيعه منه لقدر معلوم اقرار منه بأنه يملكه ويقدر على الاتيان به وقد استحق عليه ذلك بالابتياع منه فليس له الرجوع عن ذلك لان عقد البيع لازم الا أن يظهر من عدم ملكه له مافيه براءة له و بالله التوفيق

(فصل) وقوله فذهب به الرجل الى السوق فجعل يريه الصبر ليبتاع له من أيها يحب فتبين للمبتاع بذلك انه انما باع منه ماليس عنده ولو كان له لما احتاج أن يبتاعه فأنكر ذلك عليه وقال اتبيعني ماليس عندك وذلك ان بيع ماليس عند الرجل على وجه البيع لايجوز لان المبيع على ضربين معين وهو الذي ينطلق عليه اسم المبيع فلا يجوز الا أن يكون معينا كالثوب أو الدابة أو العبد أو معينا بالجملة مثل أن يكون قفيزا من هذه الصبرة وأما ما كان في الذمة فاسم السلم أخص به فانه يتعلق بالذمة ولا يجوز أن يكون معينا ولا حالا وسيأتي بيانه بعد هذا ان شاء الله و يتعلق المنع ببيع ماليس عنده بالوجهين جميعا فأما في السلم فانه يخرج عن حكم السلم و يدخله المنع اذا كان معجلا أو كان معينا ليس عنده وأما البيع فانه أيضا ممنوع من تعلقه بماليس عنده لانا قد قلنا انه يجب أن يكون معينا و يكون في ملكه فان لم يكن في ملكه وكان معينا لم يصح لما فيه من الغرر لانه لا يمكنه تخليصه واذا لم يقدر على تخليصه لم يمكنه تسليمه ومالا يمكن تسليمه لايصح بيعه ولذلك لم يجز بيع العبد الآبق والجمل الشارد والطائر في الهواء والسمك في البحر وغير ذلك مما لا يمكن تسليمه والدليل على ذلك مارواه أبو عبد الرحمن أخبرنا زياد بن أيوب أخبرنا هشيم أخبرنا أبو بشر عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام قال سألت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله يأتي الرجل يسألني البيع ليس عندي فأبيعه منه ثم أبتاعه من السوق قال لاتبع ماليس عندك وهذا عندي أشبه اسنادا ورد موصولا لهذا المتن والله أعلم (مسئلة) وأما ماعنده فانه على ضربين أحدهما أن يكون غائبا والثاني أن يكون حاضرا فأما العين الغائبة فقد تنعقد المعاوضة فيها على وجهين أحدهما على وجه المغابنة والمكايسة والثاني على وجه المكارمة والتفضل فأما ما كان على وجه المغابنة والمكايسة فانه لايصح ذلك الا بصفتها أو برؤية متقدمة فيها فان كان بالصفة المستوعبة لمعانيها جاز ذلك في جميع المبيعات و يجيء على قول ابن القاسم الذي يقول لايجوز السلم في تراب المعادن أن لايجوز بيعه بالصفة لأنه قال لايحاط بصفته ومنع الشافعي بيعه بالصفة وسيأتي الكلام عليه عند ذكر بيع البرنامج ان شاء الله تعالى (مسئلة) واذا قلنا انه يجوز بيعه على الصفة فقد قال القاضي أبو محمد ان الذي يحتاج اليه من ذلك كل صفة مقصودة تختلف الاغراض باختلافها وتتفاوت الأثمان بوجودها وعدمها ولا يكفي في ذلك ذكر الجنس والعين فقط لأن بيع الملامسة لايعرى من رؤية العين ومعرفة الجنس ومع ذلك لايجوز وأما الرؤية المتقدمة فقد قال ابن القاسم في المدونة ان كانت تقدمت رؤيته لها بأمد قريب فان ذلك جائز وان كانت بأمد بعيد يعلم ان تلك السلعة أو

لاتبع ماليس عندك

الحيوان لايبلغه الابعد التغير فلا يجوز ذلك الا أن يقول البائع انها على الصفة التي رأيتها (فرع) اذا ثبت ذلك فانه لا يخلو أن يكون بعيد الغيبة أو قريبها فان كان بعيد الغيبة لم يجز بيعه على شرط النقد على ماقدمناه من منع الذرائع لأنه ان سلم الى الاجل وكان على الصفة كان بيعا وان لم يسلم أو لم يكن على الصفة رد رأس المال فكان سلفا فلما اجتمع فيه هذان الوجهان من الغرر لم يجز الا أن يكون المبيع أرضا أو عقارا فانه يجوز بيعه بالصفة على شرط النقد وذلك أن السلامة فيها هي الغالبة فذهب الغرر من جهة مايتوقع عليها وانما الغرر فيها من جهة واحدة وهي المخافة من مخالفة الصفة وقد قال مالك انما النقد فيها اذا كان الواصف غير البائع (فرع) فاذا قلنا بجواز البيع في الاعيان الغائبة البعيدة على الصفة فمن ضمان من هي اختلف قول مالك فيها فمرة قال انها من ضمان المبتاع حتى يشترطه على البائع ثم رجع عن ذلك وقال من ضمان البائع حتى يشترطه على المبتاع قال ذلك ابن القاسم في المدونة زاد القاضي أبو محمد عنه رواية ثالثة وهي أن ضمان الحيوان والمأكول ومماليس بمأمون على البائع وضمان الدور والعقار على المشترى فجعل هذه المقالة مقالة ثالثة والذي عندي أنها هي المقالة الثانية استثنى فيها الدور والعقار من سائر المبيعات في الضمان وعلى ذلك رواها ابن القاسم وبينها في غير موضع قال القاضي أبو محمد وجه الرواية الاولى أن الاصل السلامة مع كونه متميزا عن ملك البائع لا يتعلق به حق توفية فكان ضمانه من المشترى وذلك اذا علم أن الصفة صادفته حتى سلم ثم تلف من بعد ووجه الرواية الثانية أن على البائع توفية المشترى مااشتراه فلما لم يوفه لم يستحق عليه العوض والتلف منه لأنه لم يحصل بيد المشترى ووجه التفرقة بين المأمون وغير المأمون أن المأمون على ظاهر السلامة فيجب أن يكون ضمانه من المشترى كالحاضر ولأن النقد لما جاز في غير المأمون دون غيره دل على افتراقهما في حكم الضمان (مسئلة) وأما ان كان قريب الغيبة فانه يجوز النقد فيه بالشرط لأنه لا ينفي الا أحد وجهين المخافة وهي مخالفة الصفة وهذا من معنى التدليس بالعيب فلا يمنع اشتراط النقد وقد قال ابن القاسم في المدونة اذا كان المبيع الغائب على مسيرة اليوم واليومين ونحوه جاز النقد فيه طعاما كان أو غيره

(فصل) وأما ان كانت المعاوضة على وجه المكارمة والمواصلة مثل أن يوليه مااشترى في يومه ولا يصفه ولا يذكر جنسه من الرقيق والدواب أو العروض على اختلاف أنواعها مثل أن يقول اشتريت اليوم شيأ رخيصا فيقول أرنى اياه فيقول نعم ففي المدونة من قول ابن القاسم يلزم البائع ويكون المبتاع بالخيار وهذا لأن مقتضى التولية المكارمة ولا غرر في هذا العقد لأن البائع قد علم صفة ماباع فلا غرر عليه والمبتاع بالخيار فلا غرر عليه أيضا (مسئلة) وهذا اذا كان بلفظ التولية فأما اذا كان بلفظ البيع أو بغير ذلك الثمن فلا يجوز الا ان يشترط له الخيار ووجه ذلك أن مقتضى البيع المغابنة والمكايسة ومثل هذا من العقود لا يصح أن ينعقد فيما جهلت صفته وجنسه فاذا شرط الخيار فقد صرح بالمكارمة وسلمت جنبة المبتاع من الغرر ذكر ذلك كله ابن القاسم في المدونة والى الغرب من هذا أشار أبو حنيفة فقال انه يجوز بيع الاعيان الغائبة وللمبتاع خيار الرؤية (فرع) اذا ثبت ذلك فمن ابتاع عينا غائبة بصفة فوجدها على تلك الصفة لزمته ولا خيار له الا أن يشترطه قاله مالك في المدونة ووجه ذلك أنه بيع موصوف وجد على صفته فلم يثبت فيه خيار الرؤية كالمسلم فيه وقال القاضي أبو محمد لا يجوز بيع عين غائبة بغير رؤية ولا صفة وان شرط خيار الرؤية وذكر عن الشيخ أبي بكر عن أصحابنا أنهم يقولون ان ذلك خارج عن الاصول والى

هذا ذهب الشافعي وجه القول الاول نقص شرطه ووجه القول الثاني أن هذا بيع مجهول الصفة عند العاقد سال العقد فلم يصح بيعه كالسلم اذا عرا عن الوصف

(فصل) وقوله للمبتاع لاتبع ماليس عندك يريد انه لما كان هو القائل بالمنع من هذا البيع لما فيه من تصديقه ثم عطف على البائع فقال له لاتبع ماليس عندك على وجه النهي له والاخبار بان ما اعتقد قبل ذلك من جواز البيع فيه ليس بصحيح وهذا كله يدل على أنه لم ينعقد بينهما بيع لأنه لم يأمرهما بفسخ ولا رد وانما نهى عن أمر مستقبل ولو وقع منهما بيع لأمرهما أولا برده ثم اما ان يقتصر على ذلك أو يتبعه النهي عن موافقة مثله في المستقبل وقد روى عيسى في المدنية سألت ابن القاسم عن العينة المكروهة والعينة الجائزة فقال ابن القاسم العينة المكروهة أن يأتي الرجل ليبتاع منه طعاما أو حيوانا أو عروضا أو متاعا الى أجل فيقول ليس عندي ولكن ار بحني كذا وكذا وأشتريه لك فاذا اتفقا على الربح اشترى ذلك فهذه العينة المكروهة لأنه أعطاه ذهبا بأكثر منها الى أجل قال ابن القاسم لو قال له ماعندي ثم ذهب فاشترى مثل ذلك المبتاع ثم لقيه بعد ذلك فقال عندي ما تحب فتعال أبيعك قال مالك ان لم يكن الاهذا فلا بأس به ان لم يكن مواعدة أو عادة يعرض له بها ولا أحب أن يقول له ارجع الي قال مالك ولو سأله أن يشتري متاعا يبتاعه منه الى أجل ولم يتراوضا على ربح فلقيه بعد ذلك فبايعه على ربح رضيا لم يكن في أصل كلامهما لكان مكروها قال ولا أفسخ بيع هذا ولا الذي يقول ارجع الي ففي ذلك ثلاث مسائل اذا قال له تعال اشتر به لك وتربحني كذا ويتفقان على ذلك فهذا لايجوز وان وقع رد والثانية أن لايتفقا على ربح الا انه يقول له ارجع الي أو يقول له سأفعل ولا يوافقه على ربح مقدر فهذا مكروه لما فيه من مضارعة الحرام ومشابهته وخوف المواعدة أو العادة فيه فهذا يكره ابتداء وان وقع لم يفسخ لانه انما اشترى في الظاهر لنفسه لانه لم يوافقه قبل ذلك ولم يعقد معه عقدا يلزمه أحدهما المالم يقرر اربحا والثالثة الا يراجعه بشيء يطمعه ولايتعلق به ثم يشتري لنفسه فهذا مباح وهو بمنزلة من يشتري سلعة عرف نفاقها ورجا حرص الناس على شرائها وقد قال ابن القاسم في المدنية ان العينة الجائزة أن يشتري الرجل المتاع والحيوان والدواب والعروض ويعدها لمن يشتريها منه ولايواعد في ذلك أحدا بعينه وانما يعدها لكل من جاء يطلب الابتياع منه بنقد والى أجل فهذه عينة جائزة لا كراهية فيها ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد انه سمع جميل بن عبد الرحمن المؤذن يقول لسعيد بن المسيب انى رجل أبتاع من الأرزاق التى يعطي الناس بالجار ماشاء الله ثم أريد أن أبيع الطعام المضمون على الى أجل فقال له سعيد أتريد أن توفيهم من تلك الأرزاق التي ابتعت فقال نعم فنهاه عن ذلك ﴾ ش قول جميل بن عبد الرحمن انى رجل أبتاع من الأرزاق التي يعطي الناس بالجار ماشاء الله يريد انه يبتاعها من أربابها الذين خرجت لهم الصكوك بها اما على صفة يصفونها أو على عادة عرفوها من طعام الصكوك تقوم مقام معرفة الجنس والصفة فقد يكون الطعام الكثير المجلوب من بلد يجتمع في موضع فتتفق أجزاؤه وتتقارب فينقل منه الاجزاء والاحمال ومايعرف به جنسه الى مايقرب منه من البلاد كالمدينة على ساكنها أفضل الصلاة وأتم السلام من الجار وماجرى مجرى ذلك فكان جميل بن عبد الرحمن يشتريها منهم على هذا الوجه والله أعلم وأحكم ثم كان يأخذ من الناس سلما في طعام على تلك الصفة وهو ينوي أن يوفيهم منه وهذا يحتمل وجهين أحدهما أن يحملهم على من عنده ذلك الطعام يأخذ المسلم اليه ذلك منه عند الأجل فهذا الاختلاف في منعه لانه بيع الطعام قبل استيفائه لان جميل بن

﴿ وحدثني عن مالك عن يحيي بن سعيد أنه سمع جميل بن عبد الرحمن المؤذن يقول لسعيد بن المسيب انى رجل ابتاع من الأرزاق التي تعطى الناس بالجار ماشاء الله ثم أريد أن أبيع الطعام المضمون على الى أجل فقال له سعيد أتريد أن توفيهم من تلك الأرزاق التي ابتعت فقال نعم فنهاه عن ذلك

عبد الرحمن قد ابتاعه ثم أراد أن يبيعه ثم يستوفيه المبتاع ممن هو عنده قبل أن يقبضه هو والثاني أن يبيعه من المسلم وهو ينوى أن يقبضه ويوفيه اياه ففي المدونة وغيرها عن ابن القاسم فمن ابتاع طعاما بعينه أو بغير عينه لا يبيعه حتى يقبضه ولا يواعد فيه أحدا ولا يبيع طعاما ما ينوى أن يقبضه منه ورواه في المدنية أصبغ عن ابن القاسم عن مالك وقال أشهب في المجموعة عن مالك هو جائز ولا تضره النية كالواشترى طعاما ينوى أن يقتضى منه ما عليه وجه القول الاول انه قد وجد بيع الطعام قبل استيفائه لانه قد والى في هذا الطعام عقدى بيع لم يفصل بينهما قبض وانما يكون القبض بعد العقدين وهذا عندى انما يحرم على البائع في خاصته ولا يفسخ بهذا عقد التبايع الا أن يكون شرط ذلك على المشترى ويبينه فهذا محض بيع الطعام قبل استيفائه وهذا لا يجيزه أشهب ولا غيره وجه القول الثاني أن من كان عليه طعام ولم تكن به حاجة الى شراء طعام لا يقبضه لم يضره أن ينوى بشراء ما عليه من الطعام أن يوفى طعاما قد ثبت عليه من سلم والأظهر عندى جوازه وقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدنية سألت ابن القاسم عما كره سعيد بن المسيب لجميل بن عبد الرحمن حين نهاه أن يوفيهم من الأرزاق التي ابتاع فقال كره الاضمار حين أضمر أن يعطيهم منه واتقى فيه بيع الطعام قبل استيفائه (مسئلة) واذا قلنا بقول ابن القاسم ففي الواضحة انه لا ينبغي للطالب أن يراوده على طعام يبتاعه لقضائه أو يسعى له فيه أو يعينه عليه أو يجعل له فيه قال نهى عنه مالك والله أعلم ص ﴿ مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذى لا اختلاف فيه انه من اشترى طعاما برا أو شعيرا أو سلتا أو ذرة أو دخنا أو شيأ من الحبوب القطنية أو شيأ مما يشبه القطنية مما يجب فيه الزكاة أو شيأ من الادام كلها الزيت والسمن والعسل والخل والجبن واللبن والشبرق وما أشبه ذلك من الادام فان المبتاع لا يبيع شيأ من ذلك حتى يقبضه ويستوفيه ﴾ ش وهذا كما قال ان ما ذكر من المقتات لا اختلاف في انه لا يجوز بيعه قبل استيفائه وان ذلك مجمع عليه وانما اختلف الناس فيما عدا ذلك وانما قصده هنا أن يذكر المتفق عليه وقد ذكر قبل هذا أن جميع المطعوم لا يجوز بيعه قبل استيفائه وهو المشهور عنه وقد تقدم الكلام فيه بما يغنى عن اعادته

﴿ ما يكره من بيع الطعام الى أجل ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي الزناد انه سمع سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ينهيان أن يبيع الرجل حنطة بذهب الى أجل ثم يشترى بالذهب تمرا قبل أن يقبض الذهب * مالك عن كثير بن فرقد انه سأل أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن الرجل يبيع الطعام من الرجل بالذهب الى أجل ثم يشترى بالذهب تمرا قبل أن يقبض الذهب فكره ذلك ونهى عنه * مالك عن ابن شهاب بمثل ذلك ﴾ ش قوله في الترجمة ما يكره من بيع الطعام الى أجل ثم أدخل بعد ذلك حديث سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وليس فيه كراهية بيع الطعام الى أجل وانما فيه كراهية أخذ المطعوم من ثمنه لما في ذلك من النساء في بيع الطعام بالطعام وأما بيعه بالنسيئة فلا كراهية فيه ولكنه يحتمل ذلك وجهين أحدهما على قولنا ان عقدى الذريعة اذا منع منهما لانهما في صورة العقد الواحد المحرم فانه يجب نقضهما اذا باع حنطة بدراهم الى أجل ثم أخذ بثمن الحنطة تمرا فهو في صورة بيع الحنطة بالتمر الى أجل وذلك مفسد فهذا بيع الطعام الى أجل على وجه مكروه والوجه الثاني أن يريد بذلك ان بيوع الطعام مختلفة منها ما يجوز ومنها ما لا يجوز وان هذا انما

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذى لا اختلاف فيه انه من اشترى طعاما برا أو شعيرا أو سلتا أو ذرة أو دخنا أو شيأ من الحبوب القطنية أو شيأ مما يشبه القطنية مما تجب فيه الزكاة أو شيأ من الأدم كلها الزيت والسمن والعسل والخل والجبن والشبرق واللبن وما أشبه ذلك من الأدم فان المبتاع لا يبيع شيأ من ذلك حتى يقبضه ويستوفيه

﴿ ما يكره من بيع الطعام الى أجل ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي الزناد انه سمع سعيد بن المسيب وسليمان ابن يسار ينهيان أن يبيع الرجل حنطة بذهب الى أجل ثم يشترى بالذهب تمرا قبل أن يقبض الذهب * وحدثني عن مالك عن كثير بن فرقد انه سأل أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن الرجل يبيع الطعام من الرجل بذهب الى أجل ثم يشترى بالذهب تمرا قبل أن يقبض الذهب فكره ذلك ونهى عنه * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب بمثل ذلك

لايجوز منها أن يباع بدراهم الى أجل ثم يأخذ بالدراهم تمرا فانا أعتقد انه قصد بيع حنطة بالدراهم الى أجل فبيعه لطعامه على ذلك بيع مكروه لأجل الأجل ولولا الأجل ما حرم لانه لو باعه بثمن ثم أخذ فيه تمرا قبل أن يفترقا لكان الأظهر عندى جوازه والله أعلم وأحكم

(فصل) ونهيهم عن أن يبيع الرجل حنطة ويقبض بثمنها بعد افتراقهما تمرا قبل أن يستوفيه انه من بيع الطعام بالطعام الى أجل وفى ذلك مسئلتان احداهما انه لايجوز بيع الطعام بالطعام نساء والثانية انه اذا باع طعاما لم يأخذ من ثمنه طعاما فأما المسئلة الاولى فانه لايجوز بيع الطعام بالطعام إلا يدا بيد سواء كان من جنس واحد أو من جنسين مقتات أو غير مقتات وقد تقدم ذكره

(مسئلة) ومن باع مطعوما بثمن لم يجز أن يأخذ من ثمنه طعاما الا فى المجلس الذى وقع فيه البيع الأول فان كان البيع الأول الى أجل أو بالنقد فافترقا من ذلك المجلس لم يجز بعد ذلك أن يأخذ به طعاما وبه قال أبو حنيفة وأجاز الحسن وابن سيرين والثورى والأوزاعى والشافعى فى أحد قوليه أن يأخذ عند حلول الأجل من ثمن الطعام طعاما اذا لم يفارقه حتى يقبض والدليل على ما نقوله أن هذا أخذ بالطعام طعاما غير يد بيد فلم يجز أصل ذلك اذا باعه الطعام بالطعام وافترقا قبل التقابض

(فرع) وهذا على ضربين أحدهما أن يأخذ من غير صفة الطعام الذى باع والثانى أن يأخذ من صفته فأما أخذه من غير صفته فسيأتى ذكره وأما ان أخذ منه طعاما على صفته فى الجنس والنوع والجودة فلا يخلو أن يأخذ مكيلة ما باع أو أكثر أو أقل فان أخذ مكيلته جاز لانه انما يؤول الى القرض وهو جائز أن يسلف اردبا من حنطة فى مثله وتحقيق هذا ان كل ما جاز لك أن تدفع فيه المبيع أولا الى أجل فانه يجوز أن تأخذ من ثمنه وما لا يجوز لك أن تدفعه فلا يجوز لك أن تأخذه من ثمنه وهذا يقتضى أن المنع منه انما هو للذريعة لا لانه نفس الحرام (فرع) وان كان مقدار ما أخذ أكثر من مقدار ما باع لم يجز لانه يؤول الى ان دفع اردب حنطة وأخذ عوضا منه بعد مدة أردبين من صفته وذلك غير جائز وان كان أخذ أقل منه ففى كتاب محمد اختلف قول مالك فأجازه مرة وبه قال أشهب وأباه أخرى وهو الذى فى المدونة فوجه اجازته ضعف التهمة فى تسليف الكثير فى القليل من جنسه ووجه المنع منه أن ذلك مقصود فى غير العين وما تختلف أسواقه ليكون فى ذمة المسلف الى أجل

(مسئلة) وأما ان كانا غير متماثلين وهو أن يختلفا فى الجنس كالحنطة والتمر أو فى النوع كالحنطة والشعير والمحمولة والسمراء أو فى الجودة كالحنطة الجيدة بالرديئة فانه لايجوز ذلك فيها وان أخذ من الطعام قدر ما أعطى أو أكثر أو أقل لانه خرج عن حكم القرض لما بين العوضين من المخالفة لان من حكم القرض أن يكونا متماثلين فان تجاوز أحدهما للآخر فى النوع أو الجودة من غير أن يعقدا القرض عليه جاز ذلك لان عقدهما مبنى على المكارمة وليس كذلك فى مسئلتنا فانهما تعاقدا على المغابنة والمكايسة فاذا وجد التفاضل فى صفة أو نوع أو جنس لم يحمل على القرض لمنافاته لمقتضاه وحمل على ما يوافق مقتضاه فوجب بذلك الفساد ص ﴿ قال مالك وانما نهى سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار وأبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وابن شهاب عن أن لا يبيع الرجل حنطة بذهب ثم يشترى الرجل بالذهب تمرا قبل أن يقبض الذهب من بائعه الذى اشترى منه الحنطة فاما أن يشترى بالذهب التى باع بها الحنطة الى أجل تمرا من غير بائعه الذى باع منه الحنطة قبل أن يقبض الذهب ويحيل الذى اشترى منه التمر على غريمه الذى باع منه الحنطة بالذهب التى له عليه فى ثمن التمر فلا بأس بذلك * قال مالك وقد سألت عن ذلك غير واحد من أهل العلم فلم يروا به بأسا ﴾ ش

* قال مالك وانما نهى سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار وأبو بكر بن محمد بن عمرو ابن حزم وابن شهاب عن أن لا يبيع الرجل حنطة بذهب ثم يشترى الرجل بالذهب تمرا قبل أن يقبض الذهب من بائعه الذى اشترى منه الحنطة فأما أن يشترى بالذهب التى باع بها الحنطة الى أجل تمرا من غير بائعه الذى باع منه الحنطة قبل أن يقبض الذهب ويحيل الذى اشترى منه التمر على غريمه الذى باع منه الحنطة بالذهب التى له عليه فى ثمن التمر فلا بأس بذلك * قال مالك وقد سألت عن ذلك غير واحد من أهل العلم فلم يروا به بأسا

وهـذا كما قال ان النهى انما توجه من الفقهاء المذكورين الى من باع حنطة بثمن مؤجل ثم أخـذ
بثمنها عنـد الأجل من مبتاع الحنطة منه تمرا لان ذلك يقتضى أن يؤل الى انه باع حنطة بتمر الى أجل
وذلك غـير جائز لما قدمناه فان لم يشترط ذلك وباع من رجـل حنطة بدينار الى أجـل ثم اشترى
منه تمرا عند الأجل بدينار ولم يشترط انه يأخـذه من ثمن الحنطة ففى كتاب محمـد قال مالك لا أحب
أن يتقاضيا بعد ذلك ويرد التمر الذى اشتراه وقال ابن القاسم بل يؤدى دينار التمر ويأخـذ منه ثمن
قمحه وان رد اليه ذلك الدينار بعينه كالا تستعمل غريمك بدينك عليه لكن تستعمله بدينار تدفعه
اليه ثم يقضيك اياه ووجه قول مالك ان العـقد الثانى هو الذى أدخـل شبهة الذريعة فاذا انتقض لم
يبق فى العقد الأول ما يفسده ووجـه القول الثانى ان الشبهة انما تتم بالمقاصة فاذا منعنا المقاصة
وأدى كل واحد منهما ما عليه صح العقدان وهذا انما يستمر على أحد وجهين اما أن تكون المسئلة
ممنوعة لنفسها ان من كان له عند رجل ثمن طعام لا يجوز أن يشترى منـه بثمنه تمرا وليس ذلك
من وجه الذريعة فتـكون المقاصة حينئذ ممنوعة الذريعة والوجـه الثانى أن تكون المسئلة فى
نفسها ممنوعة للذريعة الى بيع الطعام بالطعام فتكون المقاصة حينئذ ذريعة الى الذريعـة فانما
يصح هذا على منع ذريعة الذريعة فأما على تجويز ذريعة الذريعة فيجب أن تصح المقاصة بينهما لاننا
انما منعنا أن يأخذ بالتمر تمرا لئلا يكون ذريعة الى بيع حنطة بتمر الى أجل فان منعنا المقاصة فانما
نمنعها لانها ذريعة الى أن يأخذ من ثمن الحنطة تمرا والله أعلم وأحكم (مسـئلة) ولو أحال مشترى
الطعام بائعه بثمن الطعام لم يجز للبائع أن يأخذ من المحال عليـه طعاما ولا يجوز له أن يأخـذ منه الا
ما يجوز له أن يأخـذ من مبتاع الطعام ماله ووجـه ذلك انه باع طعاما وأخـذ فى ثمنه طعاما كما لو
أخذه من المبتاع

(فصل) وقوله فاما أن يشترى بالذهب الذى باع بها حنطة تمرا من غير بائعه قبل أن يقبض الذهب
ويحيله على مبتاع الحنطة بالذهب فلا بأس به ومعنى ذلك أن يشترى بقدر ذلك الذهب تمرا ويتعلق
الثمن بذمته ثم يحيله به على مبتاع الحنطة فذلك جائز واما أن يشترى منـه بذلك الثمن تمرا حتى لا يتعلق
ثمن التمر بذمتـه وانما يكون ثمن التمر ماله من الذهب التى هى ثمن الحنطة على مبتاع الحنطة فما أراه
أراد ذلك لانه أخذ من ثمن الحنطة تمرا فكأنه باع من رجل حنطة بتمر له على رجل آخر يحيله عليه
ووجه جواز المسئلة التى ذكرها انه اشترى تمرا لم يأخذه من ثمن الطعام وانما اشتراه بعين متعلق بذمته
ثم أحاله بذلك التمر على مبتاع الحنطة وذلك فى معنى البيع والفرق بين هـذه المسئلة وبين أن يحيله
مبتاع الحنطة بثمنها على رجل فيأخـذ منـه بذلك الثمن تمرا فلم يجوزه وجوز أن يبتاع التمر من أجنبى
حتى يتعلق ثمن التمر بذمته مع كون ذمة مبتاع الحنطة مشغولة من ثمن حنطة آل الى تمر لأن ثمن التمر
آل الى حنطة وانما وقعت الحوالة فى ثمنهما بعد ثبوتهما فى الذمة عينا وأما الذى أحاله مبتاع الحنطة
على رجل فأخذ منه بثمنها تمرا فان ثمن الحنطة نفسه آل الى تمر فيفسد بذلك (فرع) ولو وكلت من
يقبض التمر فقبضه فأتلفه جاز لى أن آخـذ منه به طعاما قاله ابن حبيب فى الواضحة والفرق بينه وبين
المسئلة التى قبلها ان التهمة تبعد فى ضياع الثمن عنـد الوكيل وتغريمه اياه ووجـه آخر انه اذا ثبت
للبائع الثمن عند الوكيل بالتعدى خالف حكم ثمن الطعام والله أعلم (مسئلة) ولو كان لرجل على
بائع الحنطة دراهم فأحاله بها على مبتاعها لم يجز للمحال عليه أن يدفع الى المحال الا ما كان يجوز له أن
يدفعه الى المحيـل ووجـه ذلك أن مبتاع الحنطة دفع بثمنها حنطة ففسد ذلك من جهته وروى ابن

الموازهـذه المسئلة والتى قبلها عن مالك وهما من جهـة منع الذريعة ضعيفان لانه يبعد فى التهمة ان أبيع من رجل حنطة ليحيلنى بالثمن بعد انقضاء الأجل على رجل فيأخذ منه به تمرا أو أحيل عليـه بالثمن من يأخذ منه به تمرا وقد جوز مالك للسلمين فى صفقة واحـدة أن يقيل أحـدهما من حصته من السلم دون الآخر وعلل ذلك بأنه لا يتهم أحـد أن يسلف لمبتاع غـيره ولعله قد منع ذلك على وجـه الـكراهيـة والاستثقال للمسئلة أو يكون منعه منهما لانهما ممنوعتان لأنفسهما لا للذريعة وقد بينا وجه ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان ابتعت منه حنطة بثمن الى أجل فأخذت منه كفيلا فدفع اليك الـكفيل الثمن أو دفعه اليك رجل متبرعا كان له أن يأخـذ ممن يبتاع الحنطة طعاما من غـير صنفه ومن صنفه أقل أو أكثر حكاه ابن المواز عن ابن القاسم وهو فى الواضحة ووجه ذلك ان الوكيل والمتبرع أقرضا المبتاع وقضيا عنه ثمن الطعام والذى لهما عنده ليس بثمن الطعام وانما هو ما أقرضاه ولذلك لم يفتقرا فى الرجوع على المبتاع الى احالة البائع وفى المسئلتين المتقدمتـين انما عاملا البائع ووجب لهما تبعا ما أحالهما به ولولا احالته ماتبعا المبتاع بدين لهما عليه فصار ما يطلب به المبتاع هو نفس ثمن الطعام (مسئلة) ومن اشـترى لك طعاما لا يعرف كيله فان قامت البينة على اتلافه له جاز لك أن تأخذ منه بقيمته طعاما قاله ابن حبيب ووجـه ذلك انه اذا ثبت اتلافه له فقد وجبت قيمته فلا تهمة فى أخذك بالقيمة طعاما لان الاتلاف لم يكن باختيار من له الطعام والمتلف قد تيقن لزوم القيمة له ولو غاب عليه اتهم أن يكون أمسكه ودفع به طعاما سواء كان الاتلاف المذكور بعرف أو غيره من انتفاع المتعدى به وبالله التوفيق

﴿ السلف فى الطعام ﴾

﴿ السلف فى الطعام ﴾
* وحدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال لا بأس بأن يسلف الرجل الرجل فى الطعام الموصوف بسعر معلوم الى أجل مسمى مالم يكن فى زرع لم يبد صلاحه أو تمر لم يبد صلاحه .

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال لا بأس أن يسلف الرجل الرجل فى الطعام الموصوف بسعر معلوم الى أجل مسمى مالم يكن فى زرع لم يبد صلاحه أو تمر لم يبد صلاحه ﴾ ش قوله رضى الله عنه لا بأس أن يسلف الرجل الرجل فى الطعام الموصوف يقتضى أن يكون المسلم فيـه موصوفا لان السلف يكون بمعنى القرض ويكون بمعنى السلم فأما القرض فلا يحتاج الى وصف لانه لا يجوز أن يشترط الا مثـل ما أعطى فلا يصح أن يريد به ههنا القرض وأما السلم فلا بد أن يكون المسلم فيه موصوفا لانه لا يصح أن يعرف الا بالوصف لانه لا يجوز أن يكون معينا وانما يكون متعلقا بالذمة وهذا لا خلاف فيه وللسلم ستة شروط ونحن نفرد لـكل شرط منها بابا * فالأول أن يكون المسلم فيه متعلقا بالذمة وقد تقدم الـكلام فيه

(الباب الثانى فى كونه موصوفا)

وذلك يكون على وجهين أحـدهما أن يريه ما سلم اليه فيه فيقول له أسلم اليك فى مثل هـذا فهذا اختلف أصحابنا فيه فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأصبغ فيمن أسلم فى زيت يأخذ من غيره ويطبع عليه حتى يأخـذ من صفته قال لا يصلح قال أصبغ اذا كان مضمونا لم يصلح ذلك فيه وان كان بعينه غائبا فجائز مالم يشترط خلف مثـله وفى السلم الثانى من المدونة سئل مالك عمن أسلم فى ثوب أريه ثوبا فيقول له على صفة هذا أو يحتزى بصفته قال ان أراه فحسن والا أجزأته الصفة فمنع ابن القاسم فى الموازية ذلك فيما له مثـل وهو كان أقرب الى الجواز وظاهر المدونة يقتضى تجويزه

فيما لا مثل له وتجويزه فيما له مثل من المكيل والموزون أولى وأحرى فوجه المنع ان اعتبار صفات المثل يقتضي أن يكون مثله من جميع جهاته وعلى جميع أوصافه وهذا متعذر لا يكاد أن يوجد وانما يكون المثل فيما له مثل على المقاربة واذا بعد هذا في المكيل والموزون فهو في الثياب أبعد وهو في الحيوان أبعد منه في الثياب ووجه اباحته أنه انما يلزم وصف المسلم فيه بأوصاف مخصوصة وهي التي تقدم ذكرها فاذا أراه ما يسلم اليه في مثله فانما يعتبر من مماثلته تلك الصفات التي لا يجوز له الاخلال في السلم بها دون غيرها من الصفات التي لا يلزم ذكرها في السلم (مسئلة) والوجه الثاني أن يصفه بصفاته التي يوصف بها على السلامة مما يختلف ثمنه باختلافها وليس عليه أن يصفه بجميع صفاته لان ذلك لا يؤثر في ثمنه ولا يوجب رغبة فيه ولا خلاف ان ما لم ينضبط بصفة فانه لا يجوز السلم فيه وأن يختلف فيما ينضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان يجوز عند مالك أن يقرض ويسلم فيه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يثبت في الذمة قرضا ولا سلما ولنا في هذه المسئلة ثلاثة طرق أحدها أن تدل على نفس المسئلة والثاني أن تدل على ان الحيوان ينضبط بالصفة والثالث أن تدل على انه يثبت في الذمة والدليل على جواز القرض والسلم فيه الحديث الذي يأتي بعد هذا من الأصل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فجاءته ابل الصدقة قال أبو رافع فامرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أقضي الرجل بكره فقلت لم أجد في الابل الا جملا خيارا رباعيا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطه اياه فان خيار الناس أحسنهم قضاء ومن جهة القياس ان كل ما جاز أن يتعلق بالذمة مهرا فانه يجوز أن يتعلق بها سلما وقرضا كالثياب والدليل على انه ينضبط بالصفة ما روى عبد الله بن مسعود قال قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها كأنه ينظر اليها ودليلنا من جهة القياس ان كل ما صح أن يثبت في الذمة فانه يصح أن ينضبط بالصفة كالثياب ودليلنا على أنه يثبت في الذمة ان الحيوان معنى يكون بدلا عن سلف فوجب أن يثبت في الذمة كالطعام (فرع) اذا ثبت ذلك فانه ليس من حكمه أن يقول فارها وانما يصفه على حسب ما ذكرنا فاذا أتاه بتلك الصفة لزمه أخذه قاله ابن القاسم في المدونة (مسئلة) ويجوز السلم في اللحم وبه قال الشافعي ومنع ذلك أبو حنيفة والأصل في ذلك انه مما ينضبط بالصفة فيذكر ما تختلف فيه الأغراض باختلافه وذلك بأن يوصف بأنه لحم ضأن أو ماعز ويوصف بالسمانة وغير ذلك من أوصافه المختصة به قال ابن القاسم وغيره ولم أر لأصحابنا تفريقا بين الذكر والأنثى واختلاف الاسنان فان كان ذلك مؤثرا في الثمن لزم ذكره (فرع) وهل يذكر موضع اللحم من الحيوان أم لا قال ابن حبيب وابن المواز ليس عليه ذلك قال ابن حبيب فان فعل فحسن وقال القاضي أبو محمد ان اختلفت الأغراض بمواضع من الشاة من صدر أو فخذ أو جنب ذكره فوجه القول الاول ما جرت العادة به من امتزاج بعضه ببعض دون تفصيل وان اختار بعض الناس مكانا منه على مكان فعلى سبيل الاستطابة له وغيره يختار غير ذلك المكان كما يختار من جنس التمر آحاد أعيانه مع تساويه في الصفة ووجه قول القاضي أبي محمد ان ما اختلف الاغراض فيه لزم بيانه كالجنس (فرع) وأما السمانة فقال ابن حبيب وابن المواز لا بد أن يذكر سمينا فان ذكر وسطا من السمانة فحسن والا أجزأه أن يقول سمينا قال ابن حبيب ويكون له السمن المعروف عند الناس وجه ذلك ان السمن والهزال مما يختلف الغرض والثمن في اللحم باختلافه حتى ان اليسير من السمن له من الثمن أضعاف ما للكثير من المهزول فلا بد من تمييزه بالصفة فيصف ما يسلم فيه بالسمن والهزال فاذا ميزه بهذا الاسم أجزأه عن أن يذكر قدر السمانة (مسئلة)

والسلم في الأكارع والرؤس جائز خلافا لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي والدليل على ذلك ما قدمناه في مسئلة اللحم ويحتاج من الصفات الى كل ماذكرنا انه يحتاج اليه اللحم ويذكر مع ذلك كبارا أو صغارا أو متوسطة اذا أسلم فيها عددا (مسئلة) ويجوز السلم في الدور والفصوص خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله انه مما يدرك بالصفة فيوصف لونه وصفاؤه وصورته من طويل أو مدحرج واملاس وتضريس ووزنه وما جرى مجرى هذا من صفاته التي تختلف الأغراض فيه باختلافها ولا يلزم على هذا أن يقال انه قد يكون بين الأبيض الصافي في المدحرج الذي وزنه درهم وبين آخر يوصف بهذا الوصف تفاوت في الثمن فان الجارية التي توصف بالبياض والطول وامتلاء الجسم بينها وبين جارية أخرى لا توصف بهذه الصفات تفاوت في الثمن وقد أجمعنا على جواز السلم في الرقيق (مسئلة) يجوز السلم في الدنانير والدراهم خلافا لأبي حنيفة والدليل على ما نقوله ان كل ما ثبت في الذمة ثمنا فانه يثبت فيها سلما كالثياب والطعام

(فصل) اذا ثبت ذلك فان ما تقع به المعاوضة على ثلاثة أضرب ضرب مختلف في جواز السلم فيه وقد تقدم ذكره وضرب متفق على منع السلم فيه وهو تراب معادن الذهب والفضة لانها لا تضبط بصفة ويجب أن يكون مثل ذلك تراب معادن الحديد وغيره مما يحتاج في اخراج المقصود منه الى عمل وأما ما يكون المقصود منه موجودا على هيئته ونحوه فانه يجب أن يجوز لان السلم حينئذ انما يتعلق بالكحل وذلك مما ينضبط بالصفة

(فصل) وضرب متفق على جواز السلم فيه كالحنطة والتمر وغيرهما من الحبوب وما يكال ويوزن من غير المطعوم فاذا قلنا بجواز السلم في الحنطة فان كان ببلد يختلف فيه جنسها فهو على ضربين أحدهما أن يكون حيث يحصل النوعان والثاني أن يكون بحيث يجلب اليه الصنفان فان كانت بحيث يحصل الصنفان كالأندلس التي يقرب فيها أحدهما وربما اجتمعت في المنبت والمحصد فالأفضل أن يصفه بجنسه قال ابن حبيب ولا يضره أن لا يصفه بذلك اذا ذكر الجودة والرداءة والأظهر عندي على المذهب خلاف هذا أن يبطل السلم بترك ذكر الصفة لان الثمن يختلف بالاندلس باختلاف نوع الطعام اختلافا بينا (مسئلة) فان كان بموضع يجلب اليه الجنسان كالجار والحجاز فمن شرط صحة السلم أن يصفها بنوعها وان كان بموضع انما يكون فيه النوع الواحد كمصر التي حنطتها كلها بيضاء مع السلامة والشام التي حنطتها سمراء فهل يحتاج الى ذكر الجنس أم لا عن مالك في ذلك روايتان احداهما لا يلزم ذكر الجنس والثانية انه لا بد بمصر من ذكر الجنس رواها ابن المواز عنه وجه الرواية الأولى ان السلم يختص ببلد العقد مع الاطلاق فاذا كان جنس المعقود عليه لا يختلف فيه لم يلزم ذكره كالدنانير والدراهم ووجه الرواية الثانية ان المعقود عليه تختلف أجناسه فاذا وجب ذكر صفاته وجب ذكر أجناسه كالتمر والحنطة حيث تختلف أجناسها (فرع) واذا قلنا بالرواية الثانية فلم يذكر الجنس فهل يفسخ أم لا قال ابن عبد الحكم يفسخ وقال أصبغ لا يفسخ وجه الرواية الاولى ان هذا موضع يلزم فيه ذكر الجنس فوجب أن يفسد السلم الاخلال به كالموضع الذي يكون فيه الجنسان ووجه الرواية الثانية ان الظاهر من البلد الجنس الواحد وعليه يجب حمل السلم وانما يؤمر بذكر الجنس على وجه الاستظهار ورفع الاشكال فاذا أخل بذكره وكان هو الظاهر من حاله وجب حمله عليه (مسئلة) وعليه أن يذكر مع ذلك جيدا أو وسطا أو رديئا لان الجنس الواحد يختلف فيكون منه الجيد والوسط والرديء وذلك مما يختلف الثمن باختلافه فلا بد من ذكره

وهل يفسد العقد ترك ذلك أم لا وذلك على ضربين أحدهما أن يكون السلم حيث يحصل الطعام فيفسد السلم لان في موضع محصده يكون الجيد والردىء فيختلف بذلك الثمن فلا بد من ذكره واذا كان موضع العقد يجلب اليه فقد قال ابن حبيب لا يفسخ وقال سائر أصحابنا انه يفسخ على الاطلاق متى لم يصفه بالجودة ووجه ما قاله ابن حبيب ان غالب أمر الطعام تساو به حيث يجاب اليه في السفن كالحجاز وجدة لانه يخلط في السفن ويتساوى فلا يفسد السلم ترك ذكر الجودة لان غالبه متساو ووجه القول الثاني ان طعام السفن يختلف فيكون بعضه أفضل من بعض ويكون من طعام الحجاز وجدة ما يجلب في القفاع فيكون أفضل من الطيب فلا بد من ذكر الجودة (فرع) واذا قلنا بقول ابن حبيب فما الذي يجب على المسلم اليه من القمح مع اطلاق الصفة قال ابن حبيب يلزمه الوسط من ذلك لان ما جاز فيه اطلاق الصفة رجع منه الى غالبه أو وسطه فاذا لم يكن له غالب رجع منه الى الوسط وكان يجب على مذهب ابن حبيب ان كان له غالب أن يلزم ذلك بمجرد العقد وان لم يكن له غالب أن لا يصح السلم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ويجزئه من الصفة بالجودة أن يقول جيدا وليس من شرطه أن يقول غاية في الجودة قاله أصبغ وغيره من أصحابنا لم يختلفوا فيه الا ما قاله أبو عبد الله بن العطار من أهل بلدنا انه لا يجزىء من الصفة بالجودة أن يقول جيدا حتى يقول غاية الجودة وانه متى لم يصفه بالغاية بطل السلم والأول هو الصحيح لان صفة السلم لا تبلغ من معرفة الموصوف مبلغ الرؤية له وانما يبلغ به معظم مقاصده ويجزىء في صفات الرقيق أن يقول طويلا أو قصيرا ولا يلزم غاية الطول فان وصفه بسواد العين فلا يلزم غاية السواد وان وصف الثوب بالرقة فلا يلزم غاية الرقة ووجه آخر وهو ان هذا يبطل بالمتوسط فانه لا يعرف غايته ولا يقال غاية التوسط ووجه ثالث ان ما قاله أقرب الى الفساد لانه كان يريد بغاية الطيب ما لا يوجد أطيب منه فهذا يتعذر وجوده ولا يكاد المسلم اليه أن يقدر على تخليصه وذلك يمنع صحة السلم فيه وان أراد به انه غاية في الطيب وانه يوجد مثله وأفضل منه مما يوصف بغاية الطيب لزمه في الاختلاف فيه ما يلزم في وصفه الطيب (فرع) فاذا قلنا انه يجزىء وصفه بجيد ووسط وردىء دون ذكر الغاية فقد قال ابن حبيب وابن المواز له العام من الجيد وليس له الخاص وقد يكون من الجيد خاص بالغ في الجودة والطيب فلا يحمل على ذلك الا لمن شرطه والصواب عندي أن يكون ما دفعه المسلم اليه مما يقع عليه صفة السلم لزم المسلم قبضه فاذا أسلم اليه في جيد وأتى بما يقع عليه ذلك الاسم لزمه قبضه وكذلك الوسط والردىء ما لم يكن فيه عيب من غير الخلقة المعتادة منه (مسئلة) وتصفه بالنقاء والغلث أو التوسط لان ذلك مما يلزم القمح ويختلف ثمنه باختلافه فان أخل بذلك وقد ذكر الجودة أو التوسط أو الرداءة فهل يبطل السلم أم لا قال ابن حبيب لا يبطل السلم ووجه ذلك ان الغلث عيب فلا يلزم ذكر السلامة منه كسائر العيوب وانما استحب ذكره لان الغلث لا يكاد أن يخلو طعام منه

(فصل) ويجوز السلم في التمر والرطب فان كان ببلد لا تختلف أنواعه فيه ووصفه بالجودة أو التوسط أو الرداءة فعلى حسب ما تقدم ذكره في الحنطة ويدخله من الاختلاف في ذلك كله ما يدخل في الحنطة وليس عليه وصفه بالنقاء لان التمر لا غلث فيه وليس عليه وصفه بالسلامة من الحشف لان ذلك عيب فيه ويسلم أكثر التمر منه ويلزم المسلم اليه أن يعطي غير الحشف لان اطلاق الاسم يقتضي السلامة الا اليسير الذي لا يستبد التمر منه في الأغلب (مسئلة) فان كان ببلد تختلف أنواعه منه فان وصفه بالنوع شرط في صحة السلم وهذا حكم الزبيب والفول والحمص وسائر

القطاني والحبوب والزيتون وبالله تعالى التوفيق (مسئلة) وأما السلم في الثياب على اختلاف أصولها من حرير أو قطن أو كتان فان يصف صفاقته وخفته ورقته وجنسه وأصله وليس عليه أن يذكر وزنه ولا أن يقول جيدا قاله ابن القاسم في المدونة لانه قد يتعذر عليه تحقيق الوزن مع اشتراط الطول والعرض فاذا وفاه المقدار بين من ذلك الطول والعرض والصفاقة فقد أوفاه حقه ودخل فيه قدر الوزن ومايقرب منه فأما تحقيقه فلا سبيل اليه وبالله التوفيق

(الباب الثالث أن يكون المسلم فيه مقدرا)

وهو مما لا يصح السلم دونه لان السلم فيه متعلق بالذمة ومايتعلق بالذمة يستحيل أن يكون جزافا غير مقدر لانه لا يتميز في الذمة من غيره الا بالتقدير وليس كذلك المشاهدة لانه يتميز من غيره بالاشارة اليه والتعيين له (مسئلة) اذا ثبت ذلك فما كان من المكيل يقدر بالكيل وما كان من المعدود يقدر بالعدد وما كان من الموزون يقدر بالوزن وما كان يتقدر بالذرع كالثياب ونحوها يقدر بالذرع وذكر ابن القاسم في المدونة ان اللحم يجوز السلم فيه بالتحري كما يباع الخبز بالخبز تحريا والأظهر عندي أن ذلك انما يجوز عند تعذر الموازين لانه مع الامكان انما قصد بالتحري التخاطر والحزر الذي ينافي السلم وهذه المسئلة مبنية على جواز اللحم باللحم تحريا وسيأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى في موضعه مفسرا (مسئلة) وأما صوف الغنم فانه يتقدر بالوزن دون عدد الجزز لان الجزز تختلف فيها الكبيرة والصغيرة وله مقدار معروف فيجب أن يعتبر به (مسئلة) وأما البيض فلا يتقدر بوزن ولا كيل فلا يسلم فيه الا بالعدد حكى ذلك ابن حبيب وأما الرمان والسفرجل فروى ابن القاسم عن مالك تباع عددا قال ابن القاسم وان كان الكيل فيها معروفا فلا بأس بذلك وقال ابن حبيب يسلم فيها عددا أو كيلا ولا يسلم فيها وزنا قال ويذكر مقداره فوجه قول مالك ان الذي جرت به العادة في بيعها هو العدد ولم تجر العادة بغيره وكان مجهولا فيها وأيضا فان كثيرها لا يكاد يتأتى فيه كيل ولا بد من اشتراط الكبر والصغر والتوسط فان الاغراض تختلف باختلاف ذلك ووجه قول ابن القاسم ان العدد انما يتقدر به مايغلب عليه التساوي والتساوي قليل في هذا النوع من الفواكه وهي الرمان والسفرجل والتفاح فكان العدد فيها من أبواب الخطر فاما صغير التفاح فقول ابن القاسم فيه ظاهر وأما ما عظم منه ومن الرمان والسفرجل فالعدد فيه أظهر كالأترج وان كان يجري في بعض البلاد بالوزن كان ذلك أظهر فيه وكذلك البطيخ والقثاء والخيار والموز والكمثرى ورؤس الغنم والله أعلم (مسئلة) وأما الجوز فاختلف فيه قول مالك وابن القاسم وابن حبيب على حسب ماذكرنا من اختلاف قولهم في الرمان ووجهه ماقدمناه والوجهان ممكنان ظاهران وقول ابن حبيب بجواز الوجهين فيه جائز (مسئلة) وأما ما صغر من الفاكهة كعيون البقر والمشمش والقراسيا والزعرور والمضارع فانه يتأتى فيه الكيل والوزن والاحال وفي كثير منه العدد والذي عندي انه يسلم فيه في كل بلد على عرفه وبالله التوفيق (مسئلة) وأما ما صغر وكان مما ييبس ويدخر كاللوز والبندق وقلوب الصنوبر فانه لا يسلم فيه الا كيلا حكى ذلك ابن حبيب قال ولا يسلم فيه عددا وهذا الذي ذكره ابن حبيب بين لان المشقة تلحق بعده لصغره وانما يتأتى فيه الكيل أو الوزن فان كان ذلك عرفه ببلد السلم حمل عليه (مسئلة) وأما التمر والقمح والشعير وسائر الحبوب التي تدخر فبالكيل ولا يختلف في ذلك عرف البلاد مالم تطحن فاذا طحنت نخلص قلب الأرز ودقيق الحنطة أو جريشها فان عرفه بمعظم البلاد الوزن وعرفه بمدينة

الرسول صلى الله عليه وسلم الكيل ويجب أن يقدر في السلم بعرف بلد السلم فان غيره مجهول وقد قال ابن القاسم عن مالك لا يباع طعام بقصعة أو قدح غير مكيال الناس وهو فاسد غير جائز قال ابن القاسم فما يسلم فيه بتلك المنزلة أو أشد وقال أشهب هو مكروه فان وقع لم يفسخ وقال غيره يفسخ (مسئلة) وأما الحطب فقال ابن القاسم يسلم فيه وزنا أو أحمالا وحزما * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي انه يجوز أن يعمل من ذلك بكل بلد على ما جرى عرف بيع ذلك الجنس به (مسئلة) وأما الجذوع والخشب فانها تتقدر بالذرع في الطول والعرض والارتفاع لانه الغرض في ذلك كله وأما البقول والقصيل فانها تتقدر عند ابن القاسم بالحزم والقبض والاحمال ولا يجوز ان تتقدر بذرع الارض وجوز ذلك أشهب رواه ابن المواز عنه واحتج ابن القاسم للمنع بان صفاقته وخفته لا تنضبط بالصفة وهذا على صحته ناقص العبارة وبيانه ان ما تقدر من ذلك بذرع الارض يختص بارض معينة أو حومة معينة متقاربة لان الغرض والثمن يختلف بالقرب والبعد فاذا تعينت البقعة لم يجز السلم فيما يثبت فيها لانه لا يدري كيف يكون حاله وان تعينت الحومة لم يجز السلم فيما يخرج منها لانها بمنزلة القرية الصغيرة ولذلك لا يجوز السلم في التمر في رؤس النخل فلهذا لم يجز السلم في شيء من الثياب بذرع الأرض (مسئلة) ويسلم في الثياب كلها بالذرع في الطول والعرض لانها لا تتقدر الا به فان شرط ذراع رجل بعينه فقد أجازه ابن القاسم في المدونة فان خيف أن يغيب أخذ منه مقدار ذراعه الى أن يجيء أجل السلم فان شرطا ذراعا ولم يعينا ذراع رجل بعينه فقد روى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية يحمل على ذراع وسط قال أصبغ هو استحسان والقياس الفسخ وجه قول ابن القاسم ان الذراع ما لم يعين يعلق بالوسط وصح بذلك العقد لانه متى كان للعقد وجه من الصحة حمل عليه ووجه قول أصبغ ان القدر الذي تعلق بالذمة مجهول وذلك يمنع صحة العقد وهذا في البلاد التي ليس لاهلها ذراع معين جرى عرف التبايع به وان كان لهم ذراع مقدر كذراع الرشاش لاهل قرطبة والذراع المالكي ببعض البلاد حمل المتعاقدان مع اطلاق العقد عليه والله أعلم

(الباب الرابع أن يكون السلم مؤجلا)

أما الشرط الرابع وهو أن يكون مؤجلا فان الظاهر من مذهب مالك ان السلم لا يجوز الا في مؤجل وبه قال أبو حنيفة وروى ابن عبد الحكم وابن وهب عن مالك يجوز أن يسلم الى يومين أو ثلاثة وزاد ابن عبد الحكم أو يوم قال القاضي أبو محمد واختلف أصحابنا في تخريج ذلك على المذهب فنهم من قال ان ذلك رواية في جواز السلم الحال وبه قال الشافعي ومنهم من قال ان الأجل شرط في السلم قولا واحدا وانما تختلف الرواية عنه في مقدار الأجل والدليل على اعتبار الأجل ان ما اختص بالسلم فانه شرط في صحته كعدم التعيين ووجه القول الثاني ان هذه معاوضة فلم يكن من شرط صحتها التأجيل كالبيع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالسلم على ضربين ضرب يقضى ببلد السلم وضرب يقضى بغيره فاما ما يقضى ببلد العقد فقد اختلف أصحابنا في مقدار أجل السلم فقال ابن القاسم في المدونة لا يجوز الا الى الأجل الذي تختلف في مثله الأسواق الخمسة عشر يوما والعشرين يوما وقال ابن عبد الحكم لا بأس به الى اليوم الواحد وروى ابن وهب عن مالك الى اليومين والثلاثة وقال القاضي أبو محمد في ذلك روايتان احداهما انه يجوز الى أي أجل كان قرب أو بعد والثاني لا يجوز الا الى الأجل الذي تختلف في مثله الأسواق فوجه قول ابن القاسم ان السلم لما اقتضى الأجل لئلا يتيقن فيه انتفاع المسلم لمشابهة الغرض احتاج أن يكون الى أمد تختلف فيه الأسواق فان خرج عن

هذا عـدم شرط الصحة ووجه الرواية الثانية ان هـذا معنى يشترط فى صحة السلم فاستوى قليله وكثيره أصل ذلك مقدار المسلم فيه ووجه آخر وهو ان الدنانير والدراهم يجوز السلم فيها ولا تختلف أسواقها فلو كان اعتبار مدة تتغير فيها أسواق العروض شرطا فى صحة السلم لوجب أن لا يجوز السلم فى العين ولوجب أن تختلف آجال السلم باختلاف السلع فان من السلع ما يكثر تغير أسواقه كالطعام ونحوه ومنها ما يندر ذلك فيها كالجوهر والياقوت والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ماقلناه فالذى قاله القاضى أبو محمد ان تغير الاسواق فى ذلك لا يختص بمدة من الزمان وانما هو على حسب عرف البلاد ومن قدر ذلك بخمسة عشر يوما أو أكثر فانما قدر على عرف بلده وتقدير ابن القاسم ذلك بخمسة عشر يوما وعشرين أظهر لأن هذا عرف البلاد ومقتضى ما علم من أسواقها فانه يغلب تغيرها فى مثل هذه المدة وعرف مصر كعرف غيرها والله أعلم وأحكم (مسئلة) ووجه الاجل فى البياعات أن يبين بما يمكن تبيينه به وجرت بمثله العادة فيقول الى أول شهر كذا أو الى آخره أو الى يوم كذا مضت منه أو بقيت منه فان قال الى شهر كذا فان هذا اللفظ يقتضى أن يكون يحل بأول ليلة من الشهر فأما ان قال يوفيه فى شهر كذا من سنة كذا فقد قال أبو عبد الله بن العطار من أهل بلدنا ان هذا ضعيف وليس بأجل محدود ويكون له أن يدفعه ما بين أول الشهر الى آخره غير أن السلم لا ينتقض بذلك ويكره بدأ فان وقع مضى ونفذ وفى هذا القول نظر (مسئلة) ويجوز أن يسلم الى الجداد والحصاد ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعى والدليل على صحة ما نقوله أن هذا أجل معلق بوقت من الزمان معلوم فجاز أن يكون أجلا فى السلم والبيوع المؤجلة أصله اذا أجله بسنة أو بشهر (مسئلة) ويجوز فى الآجال الى خروج العطاء اذا كان وقت العطاء معروفا لا يختلف والمراد به وقت خروج العطاء فاذا حل ذلك الوقت حل الاجل خرج العطاء أو لم يخرج وكذلك تأجيلهم الى قدوم الحاج والكلام فيه على نحو ما تقدم

(فصل) وأما ما يقتضى تغير بلد السلم فانه يستغنى عن ذكر الاجل قال محمد يجوز ذلك وان كان حالا وهذا تجوز فى عبارة لأن قطع مدة تلك المسافة أجل وانما أراد به أنه يجوز وان لم يذكر الاجل وحكى ابن المواز عن مالك فيمن أسلم فى طعام حال يوجل بالريف مسيرة يومين أو أكثر أنه جائز ووجه ذلك ما احتجوا به من أن اختلاف الاسواق باختلاف البلدان كاختلافها ببعد الآجال ألا ترى أن الناس يجهزون الامتعة الى البلاد رجاء اختلاف الاسواق كما يؤخرون السلع الى الاجل وجاز ذلك واذا كان كذلك جرى نافيه قياسا فنقول ان هذا معنى عرف بتغير الاسواق فجاز السلم اليه كالاجل البعيد (فرع) اذا ثبت ذلك فان عقدا على ذلك عقدا صحيحا وجب على المسلم اليه الخروج الى مكان القضاء متى بقى بينه وبينه مقدار تقطع فيه المسافة فان أبى من الخروج أجبر على أن يخرج أو يوكل من يقضى المسلم ما سلم فيه لأنه قد وجب عليه التسليم ولا طريق له الى ذلك الا بالخروج الى موضعه أو الاستنابة فى ذلك بالتوكيل (فرع) فهل له أن يعزل الوكيل بعد أن قصد خارجا الى موضع التسليم من متأخرى أصحابنا من قال انه لا يجزئه توكيله على ذلك الا ان يضمن الوكيل المسلم فيه لجواز أن يعزله المسلم اليه فيبطل سفر المسلم أو يتعذر عليه من سلم اليه حقه * قال القاضى أبو الوليد رضى الله تعالى عنه ويجوز عندى أن يقال ليس للمسلم اليه عزله لتعلق حق المسلم بهذه الوكالة كما يقول فى التوكيل على بيع الرهن وكما يقول فى الوكيل على الخصومة اذا تقيدت عليه المقالات لم يكن لموكله عزله الا برضا من يخاصمه لتعلق حقه بالوكالة (مسئلة) فان جاز

الاجل و وجد المسلم المسلم اليه بغير بلد التسليم فلا يخلو أن يكون المسلم فيه عينا أو غير عين فان كان عينا كان له أخذه منه حيث وجده وان كان غير عين لم يكن له ذلك وعليه أن يخرج الى بلد التسليم أو يوكل من ينوب عنه والفرق بينهما أن الدنانير والدراهم لا تختلف أسواقها وهى أصول الاثمان وقيم المتلفات فتساوت حالها فى البلاد والازمان والعروض تختلف أسواقها وليست بأصول فى الاثمان ولا قيم المتلفات فتختلف قيمتها باختلاف البلاد والازمان فلم يلزم أن يسلمه ولا أن يسلم منه بغير بلد السلم ولذلك من كان عليه دين من عين جاز أن يعجله قبل أجله و يلزم من هو له قبضه ومن كان عليه دين من غير عين لم يجز له أن يعجله قبل أجله الا برضا من هو له ومما يجرى مجرى الأجل فى بعض أحكامه موضع تسليم المسلم فيه قال القاضى أبو محمد الافضل أن يذكرا موضع التسليم لزوال التخاصم بين المتبايعين و يدخلان على معلوم من ذلك فليس كل أحد يعلم حكمه وفى كتاب محمد ومن سلف ولم يذكر موضع القضاء لم يضره ذلك وهذا مما لا يحتاج الى ذكره ومعنى ذلك أن ذكره ليس بشرط فى صحة السلم والدليل على ذلك أن اطلاق العقد يقتضى التسليم ببلد العقد كما يقتضى اطلاق البيع ذلك (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه لا يخلو أن لا يذكرا موضع التسليم أو يذكراه فان لم يذكراه لزم المسلم اليه دفعه فى بلد عقد السلم ولزم المسلم قبضه هنالك لما ذكرناه فان اختلفا فى أى موضع يكون التسليم منه وقد شرطا بلد التسليم أو لم يشترطاه ولزم ذلك لاطلاق العقد فان كان لتلك السلعة سوق بذلك البلد كان ذلك السوق موضع تسليمها لأن ذلك أخص بقاع تلك البلدة بتلك السلعة فان لم يكن لها سوق فان المسلم اليه يوفيه حيث شاء من ذلك البلد قال ذلك ابن القاسم وابن المواز وقال سحنون يوفيها بدار المسلم كان لها سوق أو لم يكن وفى سماع عيسى عن ابن القاسم انهما ان أقرا انهما لم يتخذا موضعا فان القضاء يكون حيث قبضت الدراهم فيحتمل أن يريد به موضع العقد و يحتمل أن يريد به بلد النقد والله أعلم وأحكم وجه القول الاول ان اطلاق العقد بمنزلة تعيين البلد وتعيينه يقتضى تسليمه اليه بحيث يقع عليه اسم ذلك البلد كما أن اطلاق اسم الجودة يقتضى أن للمسلم اليه دفع ما شاء مما يقع عليه ذلك الاسم على الاطلاق وأيضا فان رأس المال لما كان محل دفعه موضع سوقه ومعظم نفاده وموازينه كأنه نفس المسلم فيه يكون تسليمه بموضع سوقه وأهل المعرفة بصفاته و وجه قول سحنون أنه لما كان على المسلم اليه إيصال المسلم فيه اقتضى ذلك إيصاله الى منزله كحمل الحطب والماء لما كان على بائعه إيصاله لزمه إيصاله الى منزل المبتاع له (مسئلة) فان ادعى أحدهما اطلاق العقد وادّعى الثانى اشتراط موضع غير موضع السلم فالقول قول مدعى اطلاق العقد لان الثانى ادّعى خلاف مقتضى العقد فلم يثبت له ذلك الا ببينة (مسئلة) فان اتفقا على انهما شرطا موضعا للقضاء واختلفا فى تعيينه فادّعى أحدهما موضع عقد السلم وادّعى الثانى غيره فالقول قول مدعى موضع السلم لموافقته مقتضى اطلاق العقد وان ادّعى كل واحد منهما ما لا يشبه أن يكون موضعا للقبض أحلفا وفسخ بينهما قاله ابن القاسم (مسئلة) و يجب أن يكون موضع القضاء محدودا بحد يقرب كالفسطاط أو الفيوم أو الاسكندرية وأما ان تباعدت أقطاره كمصر والشام والأندلس فان ذلك لا يجوز قاله ابن القاسم وقال ان مصر ما بين نجد الى اسوان وما كان بهذه المثابة من تباعد الأقطار وتفاوت الأسفار لتباعد ما لا يجوز أن يكون موضعا لقبض السلم لان ذلك يعود لجهالة موضع القبض وخطر الغرر فيه وبالله التوفيق

(الباب الخامس أن يكون المسلم فيه موجودا حين الأجل)

وأما الشرط الخامس وهو أن يكون المسلم فيه موجودا حين الأجل فلا خلاف ان ذلك شرط فى صحة السلم لان حلول الأجل يقتضى تسليم المسلم فيه فاذا كان معدوما حين الأجل لم يصح السلم فيه لان من شرط صحة السلم والبيع التمكن من التسليم (مسئلة) فان حان الأجل وعدم المسلم فيه بجائحة استأصلته أو غفلة من مسلمه حتى فات من أيدى الناس فاختلف أصحابنا فى ذلك (مسئلة) وليس من شرطه أن يكون موجودا حين العقد و به قال الشافعى وقال أبو حنيفة ان من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا حين السلم والدليل على مانقوله انه وقت لايستحق فيه التسليم فلم يستحق وجود المسلم فيه أصل ذلك الزمان الذى بين وقت العقد وانقضاء الأجل

(الباب السادس أن يكون الثمن نقدا الخ)

وأما الشرط السادس وهو أن يكون الثمن نقدا أو فى حكم النقد فانه شرط فى صحة السلم لانه اذا كان متعلقا بالذمة وتأخر المدة الطويلة وكان المسلم فيه مؤجلا الى أجل بعيد وثمنه مؤجلا فى الذمة الى أجل بعيد لم يجز ذلك لانه من الكالئ بالكالئ (مسئلة) وقبضه فى مجلس السلم أفضل وليس بشرط فى صحة السلم ويجوز أن يتأخر قبضه اليوم واليومين بالشرط خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما ان من شرط صحة السلم التقابض فى المجلس والدليل على مانقوله ان التأخير فيه ليس بممنوع لمعنى فى العوض وانما هو ممنوع لمعنى فى العقد لئلا يكون من الكالئ بالكالئ والمسلم فيه من شرطه التأجيل والثمن من شرطه التعجيل فكما لا يصح السلم بتأخير القبض عن المجلس ولا بتأخيره اليوم واليومين ولا يكون له بذلك حكم الكالئ فكذلك الثمن الذى من شرطه التعجيل لايفسده التأخر عن مجلس القبض ولا بتأخره اليوم واليومين ولا يدخل بذلك فى حكم الكالئ (فرع) اذا ثبت ذلك فالذى نص عليه أصحابنا انه يجوز تأخره بشرط فى أصل العقد اليوم واليومين وقال القاضى أبو محمد لاأكثر من ذلك ويجب أن يفصل ذلك فعلى قولنا يجوز السلم الى أجل يوم أو يومين لايجوز تأخر رأس مال السلم هذا المقدار وانما يجب أن يكون قبضه بالشرط فى المجلس أو مايقرب منه وان قلنا ان السلم لايجوز الا الى الأجل البعيد الذى تتغير فى مثله الأسواق صح أن يقول بتأخير رأس مال السلم اليوم واليومين لان تأخير رأس مال السلم هذه المدة ليس من باب التأجيل ولو كان له حكم التأجيل لجاز تأخر المسلم فيه اليه (مسئلة) وأما تأخر رأس مال السلم من غير شرط الى أجل السلم فلا يخلو أن يكون عينا أو غير عين فان كان عينا فاختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة يفسد السلم ثم رجع عنه وقال لايفسد السلم مالم يكن شرطا و به قال أشهب وجه القول بفساده لان ذلك ذريعة الى التعاقد على الدين بالدين لان عملها اليه آل ووجه القول الثانى ان عقدهما سلم من الدين بالدين وهذا مما لايفسده التفرق قبل القبض وقال ابن وهب ان تعمد أحدهما تأخير رأس المال لم يفسد السلم وان لم يتعمده أحدهما فسد السلم ومعنى ذلك أن يكون أحدهما فر ليفسد السلم فاذا وقع العقد صحيحا وتعلق به حق الآخر لم يكن للثانى أن ينفرد بافساده وهذا مبنى على قولنا ان الفار من الأداء فى الصرف لايبطل الصرف واذا لم يفر أحدهما فقد رضيا بافساده فيجب أن يفسد (فرع) فاذا قلنا انه لايبطل العقد بتأخير رأس المال اذا كان عينا الى أجل فبان لايبطل اذا كان عرضا معينا أولى وأحرى لانه خارج عن الدين بالدين وان قلنا انه يبطل بذلك السلم وكان رأس المال عرضا معينا فلا يخلو أن يكون مما يغاب عليه كالثياب ونحوها

أو مما لا يغاب عليه كالحيوان والدور فان كان مما يغاب عليه ففي المدونة ان مالكا كره ذلك وقال ابن القاسم ان وقع من غير شرط لم يفسخ كالحيوان والدور وان كان مما لا يغاب عليه ففي المدونة من قول مالك اذا كان رأس المال في السلم عبدا وتأخر الشهر من غير شرط انه جائز وكان هذا من أحدهما ولم يذكر كراهية وقال المتأخرون من أصحابنا ان ذلك على ثلاثة أضرب اذا كان عينا بطل السلم وان كان عرضا يغاب عليه فالسلم مكروه ولا يفسخ البيع وان كان مما لا يغاب عليه فلا كراهية فيه والفرق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه في ذلك ان ما يغاب عليه اذا تلف بغير بينة فهو من المسلم ويفسد السلم فاذا بقي بيده كان له الخيار بان يدعي صناعة ويبطل السلم متى شاء وكره أن يبقى بيده مدة لا يصح الخيار فيها في السلم وأما ما لا يغاب عليه فانه من المسلم اليه فهلاكه لا يؤدي الى ابطال السلم والله أعلم وأحكم (فرع) واذا قلنا برواية ابن وهب فان كان المسلم هو الذي امتنع من القضاء فالمسلم اليه بالخيار بين أن يأخذ جميع رأس مال السلم أو ما بقي له منه ويدفع جميع المسلم فيه وبين أن يمتنع من قبض ما بقي له منه ويدفع اليه ما كان دفع اليه منه وان كان المسلم اليه هو الذي امتنع من قبض رأس المال لزمه عند الأجل قبضه ودفع المسلم اليه فيه قاله ابن حبيب ووجه ذلك انه اذا امتنع المسلم فقد منع المسلم اليه من مقصوده من الانتفاع برأس مال السلم الى أجله ولهذا التأخير تأثير في ابطال العقد فصار ذلك للمسلم اليه ان شاء أن يبطله أبطله وان شاء أن يمضيه أمضاه وان كان الامتناع من جهة المسلم اليه فقد أبطل حقه من الانتفاع برأس المال ولا مضرة في ذلك على المسلم فلم يكن لواحد منهما خيار في فسخه

(فصل) وقوله ما لم يكن في زرع لم يبد صلاحه أو ثمر لم يبد صلاحه يريد انه لا يجوز تعليق السلم بزرع لم يبد صلاحه ولا بثمر لم يبد صلاحه وذلك ان السلم على ضربين مطلق في الذمة ومضاف الى بلدة فأما المطلق في الذمة فمثل أن يسلم اليه في قمح أو تمر ويصفه بصفة ولا يشترط من تمر موضع من المواضع والثاني أن يضيفه الى بلدة فيقول من قمح مصر أو الشام أو تمر الصفراء أو المدينة على ساكنها السلام فهذا على ضربين أحدهما أن يضيف ذلك الى موضع صغير لا يؤمن انقطاع ثمرته فانه لا يجوز ذلك على وجه السلم ولا يجوز الا على وجه البيع بعد أن يبدو صلاح ذلك الحائط ومن شرطه أن يكون الحائط لبائع التمر (مسئلة) والثاني أن يضيف ذلك الى موضع كبير كثير التمر والزرع يؤمن انقطاعه من أيدي الناس مثل وادي القرى وخيبر فهذا يجوز عقد السلم فيه من أي وقت شاء بعد بدو صلاح الثمرة وقبل ذلك ان له في ذلك الموضع زرع أو ثمر أو لمن ليس له فيه شيء والأصل في ذلك ما روى عبد الله بن أبي المجالد سألت ابن أبي أوفى عن السلف فقال كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في البر والشعير والتمر الى قوم لا ندري أعندهم أم لا وابن أبزى قال مثل يعني ذلك ص ﴿ قال مالك الامر عندنا فيمن سلف في طعام بسعر معلوم الى أجل مسمى فحل الاجل فلم يجد المبتاع عند البائع وفاء مما ابتاع منه فأقاله فانه لا ينبغي له أن يأخذ منه الا ورقه أو ذهبه أو الثمن الذي دفع اليه بعينه فانه لا يشتري منه بذلك الثمن شيأ حتى يقبضه منه وذلك انه اذا أخذ غير الثمن الذي دفع اليه أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه فهو بيع الطعام قبل أن يستوفى * قال مالك وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل أن يستوفى ﴾ ش وهذا كما قال ان الاقالة في الطعام لا تكون الا بمثل رأس المال عقدا وقضاء لانه ان كان بغير رأس المال خرج عن الاقالة الى البيع الذي لا يجوز في الطعام قبل استيفائه وهو اذا عقد الاقالة بمثل

* قال مالك الأمر عندنا فيمن سلف في طعام بسعر معلوم الى أجل مسمى فحل الأجل فلم يجد المبتاع عند البائع وفاء مما ابتاع منه فأقاله فانه لا ينبغي له أن يأخذ منه الا ورقه أو ذهبه أو الثمن الذي دفع اليه بعينه فانه لا يشتري منه بذلك الثمن شيأ حتى يقبضه منه وذلك أنه اذا أخذ غير الثمن الذي دفع اليه أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه فهو بيع الطعام قبل أن يستوفى * قال مالك وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل أن يستوفى

رأس المال ثم قبض منه غير ذلك من عرض أو طعام أو عين مخالف لرأس المال فان ذلك ممنوع للذريعة الى بيع الطعام قبل استيفائه لانه يتهم أن يكون ما أظهراه من العقد لغوا وقد باع الطعام قبل قبضه بعدما ابتاعه به لخرج عن الاقالة الى البيع الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الطعام قبل استيفائه (مسئلة) ومن ابتاع مطعوما معينا على الوزن أو الكيل فأراد أن يأخذ مكانه قبل قبضه من غير جنسه ففى كتاب محمد والمجموعة أن ذلك غير جائز ووجه ذلك انه باع ماعقد عليه من الطعام أولا بما أخذه آخرا قبل أن يستوفى (مسئلة) فان أخذ نصفه على ماعقد عليه وأراد أن يأخذ النصف الآخر من غير ذلك الجنس ففى كتاب محمد عن أشهب قال مالك أرجو أن يكون خفيفا قال محمد لاخير فيه وهو سواء مثل الذى تقدم ووجه هذا انه دفع اليه الثمن من غير ايجاب قال وروى ابن القاسم عن مالك فيمن ابتاع بدينار قمحا ثم سأله أن يعطيه بنصفه عدسا ان ذلك لايجوز قال مالك ومن اشترى بدراهم زيتا فلم تسعه بطته فأراد أن يأخذ بما بقى طعاما أو يرتجعه فلا يعجبنى ووجه ذلك مايدخله من بيع الطعام قبل استيفائه

(فصل) وقوله لاتنبغى الاقالة الا أن يأخذ ذهبه أو ورقه أو ثمنه بعينه يحتمل أن يريد بقوله ذهبه أو ورقه نفس ثمنه بعينه ان كان موجودا عنده على قولنا ان الدنانير تتعين بالعقد أو يكون الثمن تبرا أو حليا مصوغا فيتعين بالعقد ولا يجوز فى الحلى أن يقيله الا بنفس مادفع ويحتمل أن يريد بقوله بذهبه أو ورقه من جنس ذلك وسكته على قول ان الدنانير لاتتعين بالعقد وقد قال فى المدونة فيمن سلم الى رجل دنانير فى طعام فأقاله منه ودنانيره فى يده وشرط عليه أن يرد اليه تلك الدنانير بأعيانها ان للمسلم اليه أن يدفع اليه غيرها وقوله بعد ذلك أو ثمنه بعينه يريد والله أعلم أن يكون الثمن من غير العين كالعروض والطعام فهذا لاتصح الاقالة الا بنفس ذلك الثمن دون ما كان من جنسه لان ذلك كله يؤدى الى بيع الطعام قبل استيفائه

(فصل) وقوله وانه لايشترى منه بذلك الثمن شيأ حتى يقبضه يريد انه ان عقد الاقالة بذلك الثمن فلا يشترى منه به شيأ لان ذلك ذريعة الى أن تكون الاقالة به فيكون بيع الطعام قبل استيفائه وقد نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم فيجوز أن يمنع كل ما كان فى معناه وذريعة اليه والله أعلم وأحكم

ص * قال مالك فان ندم المشترى فقال للبائع أقلنى وأنظرك بالثمن الذى دفعت اليك فان ذلك لايصلح وأهل العلم ينهون عنه وذلك أنه لما حل الطعام للمشترى على البائع أخر عنه حقه على أن يقيله فكان ذلك بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفى * قال مالك وتفسير ذلك أن المشترى حين حل الأجل وكره الطعام أخذ به دينارا الى أجل وليس ذلك بالاقالة وانما الاقالة مالم يزدد فيه البائع ولا المشترى فاذا وقعت فيه الزيادة بنسيئة الى أجل أو بشئ يزداده أحدهما على صاحبه أو بشئ ينتفع به أحدهما فان ذلك ليس بالاقالة وانما تصير الاقالة اذا فعلا ذلك بيعا وانما أرخص فى الاقالة والشرك والتولية مالم يدخل شيأ من ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة فان دخل ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة صار بيعا يحله مايحل البيع ويحرمه مايحرم البيع * ش وهذا كما قال ان الندم قد يلحق فى البيع والسلم البائع والمشترى وتصح من كل واحد منهما الاقالة للرفق بصاحبه ويصح منه طلب الربح أو النماء ويصح منهما جميعا ذلك فى عقد واحد بخلاف القرض فانه لايصح أن يقع الا على وجه الرفق من القرض للمقترض الا أن الأغلب من أحوال الاقالة رفق أحد المتقابلين بصاحبه فلذلك حملت على أغلب أحوالها وقد قدمنا ان من شرط الاقالة أن تكون بمثل رأس المال وعلى الوجه الذى

* قال مالك فان ندم المشترى فقال للبائع أقلنى وأنظرك بالثمن الذى دفعت اليك فان ذلك لا يصلح وأهل العلم ينهون عنه وذلك انه لما حل الطعام للمشترى على البائع أخر عنه حقه على أن يقيله فكان ذلك بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفى * قال مالك وتفسير ذلك أن المشترى حين حل الأجل وكره الطعام أخذ به دينارا الى أجل وليس ذلك بالاقالة وانما الاقالة مالم يزدد فيه البائع ولا المشترى فاذا وقعت فيه الزيادة بنسيئة الى أجل أو بشئ يزداده أحدهما على صاحبه أو بشئ ينتفع به أحدهما فان ذلك ليس بالاقالة وانما تصير الاقالة اذا فعلا ذلك بيعا وانما أرخص فى الاقالة والشرك والتولية مالم يدخل شيأ من ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة فان دخل ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة صار بيعا يحله مايحل البيع ويحرمه مايحرم البيع

عقد عليه البيع أو السلم لان معنى الاقالة أن يقيله مما ندم فيه و يعيده الى ما كان عليه قبل أن يعقد ما أوجب الندم ولا يصح ذلك الا بنقض ذلك العقد ولذلك اختلف أصحابنا فيه فقال بعضهم هو نقض بيع وسيأتى ذكره ان شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا اذا كان رأس المال بصريح الاقالة فان كان بغير تصريح مثل أن يدفع اليه دنانير مثل رأس المال المسلم فيقول اشتر بها طعاما فكله لى حين الأجل ثم استوفه فى حقك فقد قال ابن القاسم فى المدونة لا يصلح عند مالك وقال بعد ذلك انه اذا أعطاه عند الأجل مثل دنانيره فقال اشتر بها طعامك انه لا بأس به قال ابن لبابة اذا دفع اليه الدنانير فقال اشتر بها طعاما فاكتله لى ثم استوفه مما لك لم يجز وان قال له اشتر بها طعامك جاز ذلك ووجه ذلك عندى انه اذا قال اكتله لى لم يملكه الثمن ولم تجز منها اقالة ولا يجوز أن يكون رأس المال الذى عجل فى السلم يؤجل فى الاقالة لوجهين أحدهما ان الأجل له حصة من الثمن لما قدمناه من أن المسلم اليه يطلب الارتفاق به الى حلول السلم فاذا تعجل فى السلم وتأجل فى الاقالة فقد ازداد فى الاقالة وذلك يمنع صحتها و يغير موضوعها و ينقلها الى البيع الذى هو ممنوع فى الطعام قبل الاستيفاء و يدخله أيضا وجه آخر من الفساد وهو فسخ دين فى دين لان المسلم كان له فى ذمة المسلم اليه طعام مؤجل ففسخه فى غير مؤجل الى أجل وذلك غير جائز

(فصل) وقوله فاذا وقعت الزيادة بنسيئة الى أجل أو بشئ يزداده أحدهما على صاحبه و ينتفع به فليس ذلك باقالة بين ذلك ان النسيئة مما يزداده من أخذ وانسأله فى دفع ما عليه والزيادة تغير ذلك مثل أن يكون رأس المال عشرة دراهم فيقيله على تسعة فيكون البائع قد ازداد فى الاقالة درهما أو يقيله بأحد عشر درهما يزداد المبتاع من البائع درهما وذلك كله لا يجوز لانه ليس بالاقالة وانما هو بيع الطعام قبل استيفائه

(فصل) وان دفع اليه أكثر من دراهمه فقال له ابتع بهذا طعامك لم يجز لانه قد خرج لاجل الزيادة عن حكم الاقالة وقد دفع اليه أقل من دراهمه فقال له ابتع بهذا طعامك فقد قال ابن القاسم لا يجوز وقال أشهب يجوز وجه قول ابن القاسم انه يؤدى الى الاقالة بأقل من الثمن وذلك غير جائز ووجه قول أشهب أن هذا من باب الذريعة وتبعد فيه التهمة و بعد التهمة يمنع تأثير الذريعة ص ﴿ قال مالك من سلف فى حنطة شامية فلا بأس أن يأخذ محمولة بعد محل الأجل * قال مالك وكذلك من سلف فى صنف من الأصناف فلا بأس أن يأخذ خيرا مما أسلف فيه أو أدنى بعد محل الأجل وتفسير ذلك أن يسلف الرجل فى حنطة محمولة فلا بأس أن يأخذ شعيرا أو شامية وان سلف فى تمر عجوة فلا بأس أن يأخذ صيحانيا أو جمعا وان سلف فى زبيب أحمر فلا بأس أن يأخذ أسود اذا كان ذلك كله بعد محل الاجل اذا كانت مكيلة ذلك سواء بمثل كيل ما سلف فيه ﴾ ش وهذا كما قال ان من أسلم فى نوع من أنواع الطعام فانه لا بأس أن يأخذ عند الاجل نوعا آخر من ذلك الجنس أو أدنى فى مثل كيله فيأخذ من الحنطة الشعير والسلت بعضها من بعض وأنواع الذهب بعضه من بعض ووجه ذلك ان هذا من باب البدل وليس من البيع ولذلك جوز بدل الحنطة بالحنطة وقصر على المماثلة ولو كان من باب المبايعة لما قصر على المثل وكذلك القرض وان كانت صورته صورة معاوضة فليس من باب المبايعة لانه مقصور على المساواة والمماثلة ولما كانت الحنطة والشعير من جنس واحد كان بعضها من بعض مبادلة وتحرير ذلك أن كل ما يحرم التفاضل فيه يجوز أخذه بدلا منه كالنوع الواحد يأخذ منه أفضل مما له أو أدنى وأما ما يحرم التفاضل فيه فانه لا يجوز أخذه عنه فلا يأخذ تمرا من قمح لانه من بيع الطعام قبل

* قال مالك من سلف فى حنطة شامية فلا بأس أن يأخذ محمولة بعد محل الأجل * قال مالك وكذلك من سلف فى صنف من الأصناف فلا بأس أن يأخذ خيرا مما أسلف فيه أو أدنى بعد محل الأجل وتفسير ذلك أن يسلف الرجل فى حنطة محمولة فلا بأس أن يأخذ شعيرا أو شامية وان سلف فى تمر عجوة فلا بأس أن يأخذ صيحانيا أو جمعا وان سلف فى زبيب أحمر فلا بأس أن يأخذ أسود اذا كان ذلك كله بعد محل الأجل اذا كانت مكيلة ذلك سواء بمثل كيل ما سلف فيه

استيفائه وان كان من قرض دخله بيع الطعام نساء (مسئلة) فان أخذ منه أقل من ذلك الكيل أدنى نوعا مثل أخذ عشرة أرادب شعيرا من عشرين أردبا من حنطة فقد قال محمد عن مالك لا يجوز ذلك ومعنى ذلك والله أعلم أن يأخذ عوضا عن جميع القمح ولو أخذ العشرة أقفزة عن عشرة أقفزة قمحا ثم وهبه ما زاد على ذلك من غير شرط وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المدونة فيمن كان له مائة أردب تمرا فأخذ منه خمسين أردبا محمولة ان كان انما صالح بها على وجه المبايعة فلا يجوز وان كان انما أخذ منه خمسين أردبا محمولة ثم حط عنه الثانى بغير شرط فلا بأس به وجوز ابن القاسم ما هو أشد منه فمن كان له على أجل مائة أردب تمرا فلما حان الاجل أخذ منه خمسين أردبا محمولة ثم وهبه الباقى من غير شرط ان ذلك لا بأس به وهذا أشد وأقوى من

وأرفع الجودة (مسئلة) ولا يجوز قبل الاجل أن يأخذ منه الا مثل ماله عليه فى النوع والقدر لان ذلك يدخله بيع الطعام قبل استيفائه وبيع الطعام بالطعام كما لا يجوز أن يأخذ قبل الاجل من نوعه أجود أو أدنى ويجوز ذلك باتفاق عنده (مسئلة) ولا يجوز أن يأخذ من الذى عنده القرض أو السلم من غير ذلك النوع مثل تلك المكيلة وان حل الاجل حتى (١) قاله ابن القاسم قال لانه يصير حوالة والحوالة عند مالك بيع من البيوع ومعنى ذلك أن يحمل الذى له الى الجنس الذى أخذه وذلك بيع أحدهما بالآخر فيدخله فى القرض طعام بطعام من غير جنسه وذلك غير جائز ويدخله فى السلم مع ما ذكرناه بيع الطعام قبل استيفائه وانما جاز أن يؤخذ الورق من الذهب والذهب من الورق فى القرض والبيع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز أن يأخذ الحنطة من الشعير والسلت ويأخذ بعضها من بعض لانها جنس واحد ومن قال ان العلس من جنسها يجب أن يكون الاخذ منها ويأخذ أنواع التمر بعضها من بعض وكذلك الزبيب ويأخذ عن نوع ما لا يستحيا من الطير نوعا آخر على تحرى الوزن أكثر عددا أو أقل عددا فان كانت على العدد لم يجز الا أن يكون من نوعه رواه فى العتبية سحنون عن ابن القاسم ومعنى ذلك ان الطير يختلف قدره باختلاف نوعه ويتفاوت فلا يجوز بعضه ببعض عددا اذا كان معناه اللحم وانما يجوز على تحرى ما فيه من اللحم والمساواة فيه على قول من أجاز التحرى فيه وأما اذا كان نوعا واحدا فانه يتساوى لانه انما يأخذ منه مثل الذى سلم اليه فيها قدرا وغير ذلك وليس فيه شئ من البدل (مسئلة) ولا يأخذ الدقيق من الحنطة فى البيع ولا بأس به فى القرض قاله ابن القاسم وأشهب وجه ذلك على قول من لا يجيز بيع الدقيق بالحنطة لعدم التماثل بينهما وأما على قول من يجيز ذلك ويرى التماثل بالوزن فلا يجوز الانتقال من مقدار الى مقدار وأما على قول من لا يرى التماثل فيهما الا بالكيل فنمنع من ذلك فى مسئلتنا

(١) هكذا بياض بالأصل

﴿ تم الجزء الرابع بحمد الله وحسن عونه * ويليه الجزء الخامس أوله بيع الطعام بالطعام ﴾

﴿ فهرسة الجزء الرابع من كتاب المنتقى تأليف القاضي أبي الوليد الباجي رحمه الله ﴾

صحيفة
٢ كتاب الطلاق * ما جاء في البتة
٢ باب ما يجوز ايقاعه من الطلاق
٧ ما جاء في الخلية والبرية وما أشبه ذلك
١٦ ما يبين من التمليك
٢٠ ما يجب فيه تطليقة واحدة من التمليك
٢٤ ما لا يبين من التمليك
٢٦ الايلاء
٢٧ باب الايلاء يثبت حكمه بكل يمين يجب على الحالف بها شيء كالحالف بالله أو بصفة من صفاته
٣٧ ايلاء العبد
٣٧ ظهار الحر
٣٨ باب فأما ألفاظه فأصلها أنت علي كظهر أمي
٣٩ باب فأما من يظاهر منها الخ
٥١ ظهار العبد
٥٣ ما جاء في الخيار
٦٠ ما جاء في الخلع
٦٧ طلاق المختلعة
٦٩ ما جاء في اللعان
٨٢ ميراث ولد الملاعنة
٨٣ طلاق البكر
٨٥ طلاق المريض * وفيه بابان
٨٥ الباب الأول في صفة المرض الذي به يبقى حكم ميراث المطلقة
٨٥ الباب الثاني في حكم طلاق المريض
٨٨ ما جاء في متعة الطلاق
٨٩ ما جاء في طلاق العبد
٩٠ نفقة الأمة اذا طلقت وهي حامل
٩٠ عدة التي تفقد زوجها
٩٤ ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض
١٠١ ما جاء في عدة المرأة في بيتها اذا طلقت فيه
١٠٤ ما جاء في نفقة المطلقة
١٠٧ ما جاء في عدة الأمة من طلاق زوجها
١٠٨ جامع عدة الطلاق

صحيفة

١١٣ ماجاء في الحكمين
١١٥ ماجاء في يمين الرجل بطلاق مالم ينكح
١١٧ أجل الذي لا يمس امرأته
١٢٢ جامع الطلاق * وفيه أبواب
١٢٦ الباب الأول في ذكر من يستحق النفقة من الزوجات وتستحق عليه من الأزواج
١٢٨ الباب الثاني فيما تسقط به النفقة الخ
١٢٨ الباب الثالث في قدر النفقة وصفتها
١٣١ الباب الرابع فيما يجب من الخيار للزوجة بالاعسار عن ذلك
١٣٢ عدة المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا
١٣٣ مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل
١٤٠ عدة أم الولد اذا توفى عنها سيدها
١٤١ عدة الأمة اذا توفى زوجها أو سيدها
١٤١ ماجاء في العزل
١٤٣ ماجاء في الاحداد
١٤٩ (كتاب الرضاع)
١٤٩ رضاع الصغير
١٥٣ ماجاء في الرضاعة بعد الكبر
١٥٥ جامع ماجاء في الرضاعة
١٥٧ (كتاب البيوع)
١٥٧ ماجاء في بيع العربان * وفيه أبواب
١٥٨ الباب الاول في جواز التفاضل في غير العين والمقتات نقدا
١٥٨ الباب الثاني في أن النساء علة في فساد بيع الجنس بعضه ببعض مع اتفاق المنافع المقصودة
١٥٨ الباب الثالث في أن اختلاف المنافع يصح بعض الجنس ببعضه الى أجل متفاضلا
١٥٩ الباب الرابع في تبيين المنافع المقصودة التي يتبين بها معنى الجنس
١٦٩ ماجاء في مال المملوك
١٧٢ ماجاء في العهدة * وفيه أبواب
١٧٣ الباب الأول في تفسير معنى العهدة
١٧٥ الباب الثاني في محل الحكم بها من البلاد
١٧٦ الباب الثالث في محل ثبوتها من المبيع
١٧٧ الباب الرابع في محل العهدة من العقود
١٧٨ الباب الخامس في محل درك العهدة
١٧٨ الباب السادس في حكم العوض منها في تعجيل أو تأخير
١٨٠ بيع البراءة * وفيه أبواب

صحيفة

١٨٠ الباب الأول فى تبيين محل البراءة من العقود
١٨٠ الباب الثانى فى تبيين محل البراءة من المعقود عليه
١٨١ الباب الثالث فيمن يجوز له البراءة من البائعين
١٨٢ الباب الرابع فى تبيين ما تصح البراءة منه من العيوب
١٨٤ فصل وأما البراءة العامة فعلى ضربين الخ
١٨٥ العيب فى الرقيق * وفيه أبواب
١٨٨ الباب الأول فى بيان العقود التى يثبت فيها الرد بالعيب
١٨٨ الباب الثانى فى بيان العيوب التى يجب بها الرد وتمييزها من غيرها
١٩١ الباب الثالث فيما يحدث فى البيع مما يثبت به الخيار الخ
١٩١ الباب الرابع فيما يفيت الرد بالعيب
١٩٧ مسئلة * وفيها بابان
١٩٧ الباب الأول فى بيان المعانى التى تثبت الخيار الخ
١٩٩ الباب الثانى فى صفة العمل فى الارتجاع والرد فمن يثبت له الخيار
٢٠٢ حكم المواضعة وما يتعلق بها * وفيها أبواب
٢٠٢ الباب الأول فى بيان معنى المواضعة ولزومها
٢٠٢ الباب الثانى فى تبيين محلها من العاقدين
٢٠٢ الباب الثالث فى محل المواضعة من العقود
٢٠٤ الباب الرابع فى محل المواضعة من المعقود عليه
٢٠٤ الباب الخامس فى حكم الأمة فى مدة المواضعة وان ضمانها من البائع
٢٠٥ الباب السادس فى بيان ما تنتقل به المواضعة
٢١٠ ما يفعل بالوليدة اذا بيعت والشرط فيها
٢١٤ النهى عن أن يطأ الرجل وليدة ولها زوج
٢١٥ ما جاء فى ثمر المال يباع أصله
٢١٧ النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
٢٢٤ ما جاء فى بيع العرية * وفيه أبواب
٢٢٦ الباب الأول فى تفسير معنى العرية
٢٢٨ الباب الثانى فى بيان ما يجوز له ذلك
٢٢٩ الباب الثالث فى بيان ما يصح ذلك فيه من الثمار
٢٣٠ الباب الرابع فى بيان مقدار ما يجوز بيعه من العرية على الوجه الذى ذكرناه
٢٣١ الجائحة فى بيع الثمار والزرع * وفيه أبواب
٢٣٢ الباب الأول فى تبيين ما يكون من المتلفات جائحة
٢٣٣ الباب الثانى فى تبيين ما توضع فيه الجائحة
٢٣٥ الباب الثالث فى تبيين مقدار الجائحة التى توضع

صحيفة

٢٣٦ ما يجوز فى استثناء الثمر
٢٣٨ ما يكره من بيع الثمر
٢٤٣ ما جاء فى المزابنة والمحاقلة
٢٤٧ جامع بيع الثمر
٢٥٦ بيع الفاكهة
٢٥٧ بيع الذهب بالورق عينا وتبرا
٢٧١ ما جاء فى الصرف
٢٧٦ المراطلة
٢٧٩ العينة وما يشبهها * وفيها أبواب
٢٧٩ الباب الأول فى تمييز ما يختص بهذا الحكم من المبيعات
٢٨٠ الباب الثانى فى تمييز ما يختص به من وجوه الاستفادة
٢٨٢ الباب الثالث فى تمييز ما يكون قبضا واستيفاء
٢٨٣ الباب الرابع فى تمييز ما يصح قبض البيع الثانى
٢٨٩ ما يكره من بيع الطعام الى أجل
٢٩٢ السلف فى الطعام * وفيه أبواب
٢٩٢ الباب الأول أن يكون المسلم فيه متعلقا بالذمة وقد تقدم
٢٩٢ الباب الثانى فى كونه موصوفا
٢٩٦ الباب الثالث أن يكون المسلم فيه مقدرا
٢٩٧ الباب الرابع أن يكون السلم مؤجلا
٣٠٠ الباب الخامس أن يكون السلم فيه موجودا حين الأجل
٣٠٠ الباب السادس أن يكون الثمن نقدا

﴿ تمت الفهرست ﴾